UNIVERSITÉ DE DROIT — FACULTÉ DE DIJON

# ÉTUDE CRITIQUE

DE LA

# Distinction de l'Incompétence absolue

ET DE

# l'Incompétence relative en Matière civile

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon

*Le 5 Novembre, à 15 heures et demie*

PAR

**J. VALIN**

*Président :* L. HUGUENEY, *Professeur à la Faculté de Droit.*

*Suffragants :* MM. JAPIOT. GIGOUT.

DIJON
IMPRIMERIE DARANTIERE
13, Rue Paul-Cabet, 13

1919

# ÉTUDE CRITIQUE

de la

# DISTINCTION DE L'INCOMPÉTENCE ABSOLUE

et de

# l'Incompétence relative en Matière civile

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DROIT — FACULTÉ DE DIJON

# ÉTUDE CRITIQUE

DE LA

# Distinction de l'Incompétence absolue

ET DE

# l'Incompétence relative en Matière civile

THÈSE POUR LE DOCTORAT

**Soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon**

*Le 5 Novembre, à 15 heures et demie*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

PAR

**J. VALIN**

*Président :* L. HUGUENEY, *Professeur à la Faculté de Droit.*

*Suffragants :* MM. JAPIOT. GIGOUT.

DIJON
IMPRIMERIE DARANTIERE
13, Rue Paul-Cabet, 13

1919

# INTRODUCTION

Un des principaux défauts des méthodes juridiques employées au siècle dernier, a été l'abus des constructions logiques, des classifications à priori.

L'usage était de créer pour chaque espèce de rapport de droit, des catégories à priori, dans lesquelles chacun d'eux devait nécessairement se classer. C'est ainsi que l'on distinguait dans l'ensemble des biens pouvant composer un patrimoine, des biens meubles et des biens immeubles, que l'on classait les nullités en matière d'actes juridiques, en nullités relatives et en nullités absolues, chacune de ces catégories ayant d'ailleurs des caractères nettement déterminés et toujours identiques.

Puis dans ces catégories à priori, l'on s'efforçait de faire rentrer tous les cas d'espèce particulière qui pouvaient se présenter. Ainsi l'on a fini par considérer les droits d'auteur comme des meubles.

Cet abus de classification à priori s'est manifesté dans le domaine de la procédure civile, comme dans celui du droit civil. En matière d'incompétence, en particulier, l'usage s'est établi de distinguer deux espèces d'incompétence, l'une absolue, l'autre relative, dont les caractères sont nettement définis. Tout juge saisi d'un litige qui aurait dû être

porté devant un autre juge est par suite, ou absolument ou relativement incompétent.

Cette méthode paraît très séduisante au premier abord par sa simplicité et sa clarté. Il suffit en effet de déterminer la nature, mobilière ou immobilière, d'un bien, absolue ou relative, d'une nullité, d'une incompétence, pour en connaître immédiatement toutes les conséquences. Un bien est-il meuble ? on sait aussitôt qu'il doit tomber dans la communauté, que la propriété peut s'en acquérir instantanément (art. 2279 du C. c.) etc... Une nullité est-elle absolue, on sait aussitôt qu'elle n'est pas susceptible de se couvrir et peut être invoquée par toute personne.

Mais l'application de cette méthode se heurte à de sérieuses difficultés tenant au caractère trop rigide de ces catégories à priori. Entre chacune d'elles, il existe en fait des catégories intermédiaires : entre les biens meubles et les biens immeubles, il peut exister des biens qui participent à la fois des caractères des meubles et des immeubles (1). Entre les nullités absolues et les nullités relatives, il existe également des catégories intermédiaires et en réalité les catégories extrêmes se rejoignent par toute une série de nuances.

Aussi la méthode des classifications à priori est-elle de plus en plus abandonnée aujourd'hui.

En matière de nullités par exemple, M. Japiot a, dans son ouvrage sur les nullités en matière d'actes juridiques, démontré qu'il fallait abandonner absolument la distinction classique des nullités absolues et des nullités relatives, et reconstruit la théorie des nullités en partant d'une notion plus objective et moins artificielle de la nullité qu'il consi-

(1) On a soutenu notamment que les fonds de commerce n'étaient ni meubles ni immeubles. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 5e édit. tome I, page 721, note 1.

dère comme la violation d'une prescription légale dont les conséquences diffèrent selon l'importance de la règle de droit violé.

En matière d'incompétence, la méthode employée n'a pas donné de résultats satisfaisants. Il y a des cas où la nature de l'incompétence ne soulève aucune difficulté : la Cour de cassation est saisie *de plano* d'un litige ; il y a incompétence absolue. Un tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel est domicilié le défendeur, est saisi d'un litige portant sur des biens situés dans un autre ressort, il y a incompétence relative. Entre ces hypothèses extrêmes on ne sait plus où marquer la limite (1). On hésite à admettre l'incompétence absolue en raison des graves inconvénients qu'elle présente, du fait qu'elle peut être invoquée en tout état de cause, et cependant l'on n'ose aller jusqu'à l'incompétence relative. D'où des incertitudes, des contradictions, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence.

Il semble qu'il y ait lieu de faire en matière d'incompétence un travail analogue à celui tenté par M. Japiot en matière de nullité et d'abandonner la distinction classique de l'incompétence relative et de l'incompétence absolue, pour une nouvelle théorie de l'incompétence moins artificielle que la théorie classique et répondant mieux aux besoins de la pratique.

Ce travail présente un double intérêt : un intérêt immédiat d'abord : mettre un terme aux divergences et aux contradictions, particulièrement à celles de la jurisprudence, qui engendrent l'incertitude pour les parties, favorisent les plaideurs de mauvaise foi, toujours prêts à discuter sur la compétence, dans l'espoir de retarder le débat ou la décision sur le fond ; faire cesser, par suite, ces querelles trop

(1) Japiot, art. dans la Rev. trimest. de droit civil, année 1912, pages 225 et suivantes.

fréquentes sur la compétence, sans intérêt pour la société, mais qui élèvent inutilement les frais du procès, et suspendent pendant un temps parfois fort long la solution des litiges, alors que, dans l'intérêt de tous, une prompte solution serait désirable.

Ensuite un intérêt plus lointain mais non moins réel : permettre au législateur de substituer aux textes du code, en matière d'incompétence, des dispositions nouvelles plus pratiques.

En effet on sait que la révision de notre Code de procédure civile, et la refonte de notre organisation judiciaire en partie réalisée déjà (1) sont des questions d'actualité. La plupart des pays européens (Italie, Autriche, Allemagne ; Belgique pour l'organisation judiciaire, etc...) ont des codes beaucoup plus modernes que les nôtres.

En France plusieurs projets de réforme ont été présentés. En particulier M. Dubost en 1894, M. Sarrien en 1898, ont déposé sur le Bureau de la Chambre un projet de loi portant révision du Code de procédure civile.

Après la crise que nous traversons, cette révision, ainsi que la refonte de notre organisation judiciaire à laquelle on songe également, s'imposeront plus que jamais, et l'on peut dire que ce sera l'œuvre de demain.

Il importe donc que, au moment où il reconstruira la théorie de l'incompétence, le législateur se trouve en présence de conceptions nouvelles qui, répondant aux exigences de la pratique, lui permettent d'abandonner, sans hésiter, le système classique trop critiqué. En effet, on ne peut que regretter que dans la loi sur la procédure civile, récemment édictée pour notre protectorat du Maroc, le

(1) Loi du 28 avril 1919.

législateur n'ait pas consacré quelques articles à la question de l'incompétence et se soit borné à confirmer, pour la procédure en justice de paix, les errements du passé (Dahir, sur la procédure civile du 12 août 1913, art. 124) (1).

(1) *Bulletin officiel de l'Empire Chérifien et du Protectorat français du Maroc*, n° 46 du 12 septembre 1913.

## CHAPITRE PREMIER

### La théorie classique de l'incompétence, ses traits caractéristiques, ses origines

D'après l'opinion la plus courante, actuellement, la théorie de l'incompétence se ramène à la distinction des deux espèces d'incompétence : l'incompétense *ratione materiæ* ou absolue et l'incompétence *ratione personæ vel loci* ou relative, dont les caractères respectifs sont toujours identiques.

Lorsque l'incompétence est relative, les parties peuvent s'accorder pour accepter la juridiction du juge incompétent, ou acquiescer au jugement rendu par lui, l'incompétence étant toujours couverte par leur consentement exprès.

Le demandeur ne saurait d'ailleurs, en aucun cas, se prévaloir de cette incompétence relative, car en appelant son adversaire devant un juge incompétent, alors que rien ne l'y obligeait, il a tacitement accepté la juridiction de ce juge. Il ne serait même pas recevable à invoquer l'incompétence après une reprise d'instance formée par le défendeur devant le Tribunal primitivement saisi.

Le défendeur peut également renoncer, même tacitement, à l'incompétence, en gardant le silence : la loi exige en effet qu'il invoque l'incompétence relative, *in limine litis* (art. 169, 424 du C. P. C.) c'est-à-dire au début, au seuil même du

procès, et avant toutes autres exceptions ou défenses; sinon, on présumera sa renonciation. Proposer quelque exception ou défense, c'est consentir à plaider devant le juge, devant lequel on fait valoir cette exception ou cette défense, c'est reconnaître sa juridiction et renoncer à demander son renvoi.

Le défendeur, cependant, peut demander encore son renvoi après avoir proposé l'exception de la caution *judicatum solvi :* s'assurer de la solvabilité de son adversaire est une bonne précaution à prendre avant de plaider sur quoi que ce soit, même sur l'incompétence.

En règle générale, du reste, l'incompétence *ratione personæ* ne se couvre pas, lorsque, des actes accomplis par le défendeur, on ne peut conclure à sa renonciation à s'en prévaloir : il en est ainsi de la comparution en conciliation, de la constitution d'avoué, de la demande en communication de pièces, lorsqu'elle a pour but de fonder l'exception d'incompétence, des actes de poursuites d'audience, des demandes de renvoi de cause, etc....

L'incompétence relative peut également être invoquée par la partie défaillante, après un jugement par défaut, et même après un défaut, faute de conclure ; quand on n'a pas, auparavant, déposé ou signifié de conclusions sur le fond. En effet le défendeur n'a, dans ces deux cas, fait aucun acte qui pût couvrir l'incompétence. Au contraire l'incompétence serait couverte par un acte d'opposition dans lequel elle ne serait pas invoquée.

L'incompétence relative est couverte également si l'on a demandé au juge de prononcer, ou fait quelques actes qui deviendraient inutiles, au cas où le Tribunal déclarerait le déclinatoire recevable. L'incompétence est, par exemple, couverte par une demande en nullité d'exploit, par la signification de défenses au fond, par une demande en communication de pièces lorsqu'elle est faite pour fonder ces

défenses au fond et non pour étayer la demande de renvoi au tribunal compétent.

Elle est encore couverte, d'après l'opinion la plus générale, par des conclusions conçues en termes généraux, comme des conclusions tendant au déboutement du demandeur tant par fins de non recevoir qu'autrement, des conclusions au fond faites sous toutes réserves sans autre précision.

Enfin des conclusions, même prises à l'audience, du moment qu'elles sont acceptées par l'adversaire, lient le débat, et l'on ne saurait se prévaloir de ce qu'elles n'ont pas été signifiées pour invoquer, plus tard, l'incompétence relative du tribunal.

Les tiers, d'autre part, ne sont pas recevables à invoquer l'incompétence relative, et, notamment un créancier intervenant dans l'instance contre son débiteur, ne saurait invoquer l'incompétence du tribunal si le défendeur a déjà conclu au fond (à moins qu'il n'ait conclu par dol ou par fraude).

Le Ministère public non plus ne saurait intervenir pour demander le renvoi au tribunal compétent ; et le tribunal n'est pas tenu de le prononcer d'office. Mais il peut néanmoins se dessaisir : d'une façon générale, en effet, on reconnaît que seuls, le juge de Paix et le Conseil des Prud'hommes ne peuvent se dessaisir d'office, le législateur leur ayant imposé l'obligation de juger, les autres tribunaux peuvent toujours refuser la prorogation de juridiction que leur offrent les parties.

En résumé l'incompétence relative ne peut être invoquée que par le défendeur, mais le tribunal n'est pas tenu d'accepter la prorogation de juridiction qui lui est offerte. L'incompétence est couverte, si elle n'est pas invoquée avant toute autre exception ou défense.

L'incompétence *ratione materiæ*, au contraire, n'est pas

susceptible de se couvrir. Le renvoi au tribunal compétent peut être demandé non seulement par le défendeur, mais aussi par le demandeur, bien que l'incompétence soit généralement son fait ; sa volonté formelle n'a, pas plus que la volonté tacite ou le silence du défendeur, le pouvoir de donner au tribunal une compétence que lui refuse la loi. La déclaration même du défendeur ou du demandeur qu'ils renoncent à s'en prévaloir, ne saurait couvrir le vice d'incompétence.

Le renvoi peut, d'autre part, être demandé en tout état de cause, tant qu'une décision définitive n'est pas intervenue ; il peut donc être demandé pendant tout le cours du procès en première instance ; il peut être demandé après que les parties ont défendu au fond, après un jugement interlocutoire ou préparatoire, si les deux parties ont acquiescé à ce jugement ou l'ont exécuté.

Les parties ne peuvent pas non plus acquiescer à un jugement définitif rendu par un tribunal incompétent ; l'appel serait recevable malgré cet acquiescement, et les voies de recours ne seraient même pas fermées par une exécution volontaire du jugement.

A plus forte raison les parties ne pourraient-elles déroger par convention particulière aux règles de l'incompétence absolue.

L'incompétence *ratione materiæ* peut être invoquée aussi en appel, quoiqu'elle ne l'ait point été en première instance, et cela même s'il s'agit d'un jugement en premier ressort, l'appel du chef d'incompétence étant toujours recevable. Elle peut l'être devant la Cour de Cassation, bien qu'elle ne l'ait point été ni en première instance ni en appel.

Enfin, lorsque les parties ne demandent pas le renvoi, le Ministère Public doit le requérir, et le tribunal est tenu de se dessaisir d'office. Les parties, en effet, ne peuvent par

leur silence donner au tribunal un pouvoir que la loi ne lui a pas accordé. Néanmoins, si absolue que soit l'incompétence, elle ne peut être invoquée en Cassation, si la Cour est obligée d'entrer dans l'examen des faits pour statuer sur le chef d'incompétence, soit que le moyen tiré de l'incompétence soit mélangé de fait et de droit, soit que les faits qui servent de base au pourvoi n'aient pas été débattus devant les juges contre la décision desquels les parties se sont pourvues en Cassation. La Cour suprême est en effet juge du droit et non du fait.

L'incompétence absolue est encore couverte lorsque la décision qu'on prétend avoir été rendue par des juges incompétents est passée en force de chose jugée, les délais pour user contre elle des diverses voies de recours ouvertes aux plaideurs (appel, pourvoi en Cassation, etc...) étant expirés (1).

Quant à la question de savoir s'il y a incompétence absolue ou incompétence relative, elle dépend de la nature de la règle d'incompétence ou d'organisation judiciaire qui a été méconnue. Les règles de compétence, en effet, se divi-

(1) Voir sur ces différents points : Boitard et Glasson, *Leçons de proc. civile*, tome Ier, page 381, tome II, pages 154 et suivantes. — Glasson, Colmet d'Aage et Tissier, *Traité théor. et prat. de proc. civ.*, n° 639, tome Ier, pages 695, 696. — Cass. civ., 25 juill. 1836, D., 1836, I, 305. — 21 août 1849, D., 1840, I, 448. — 15 avril 1850, D., 1850, I, 120. — Cass. req. 12 mai 1851, S., 1851, I, 349. — Cass. civ., 7 mars 1866, S., 1866, I, 142. — 10 avril 1867, D., 1867, I, 386. — 21 août 1867, D., 1867, I, 376. — 22 février 1876, S., 1876, I, 168. — 5 juillet 1905, S., 1906, I, 45. — Cass. req., 5 novembre 1835, D., 1836, I, 56. — 18 juill. 1851, S., 1862, I, 886. — 30 nov. 1897, D., 1898, I, 157. — Besançon, 26 mai 1815, D. R., v° exceptions, n° 156, note 2. — Lyon, 20 juin 1825, D., 1825, II, 199. — Limoges, 21 nov. 1835, S., 1837, II, 191. — Riom, 2 décembre 1839, D., 1840, II, 131. — Grenoble, 17 nov. 1896, D., 1898, II, 165. — Bordeaux, 31 oct. 1900, D., 1903, II, 106. — Rouen, 11 décembre 1909, D., 1910, II, 365, 2e espèce.

sent elles-mêmes en règles de compétence absolue et en règles de compétence relative.

Si l'on étudie notre organisation judiciaire, on voit, dit M. Glasson (1), des tribunaux d'ordres différents ; dans chaque ordre, des degrés différents, et dans chaque degré, des tribunaux de droit commun et d'exception. Les règles de compétence absolue sont celles qui déterminent les ordres de juridiction, leur hiérarchie ou leur degré, leur nature exceptionnelle ou de droit commun.

Les lois de la compétence relative déterminent au contraire, pour chaque affaire, quel est, parmi les tribunaux identiques, celui qui est compétent.

Les règles de compétence absolue sont ainsi nommées parce que, se rattachant aux bases même de l'organisation judiciaire, elles doivent être considérées comme d'ordre public, et respectées toujours et en toute circonstance.

Les règles de compétence relative sont au contraire introduites dans l'intérêt des parties ; ce sont des règles de pur intérêt privé, au bénéfice desquelles on demeure toujours libre de renoncer.

L'incompétence qui résulte de la violation d'une règle de compétence absolue est elle-même absolue. Il s'agit d'une règle intéressant l'ordre public, et l'on comprend aisément que l'incompétence ne soit pas susceptible de se couvrir. L'incompétence résultant de la violation d'une règle de compétence relative, est elle-même relative parce que les parties, en droit de renoncer au bénéfice de la règle méconnue, peuvent couvrir le vice d'incompétence par leur silence, équivalant à une renonciation tacite (2).

(1) Glasson, *Rev. crit. de législ. et de jurisprud.*, année 1881, pages 228 et suiv.

(2) Boitard et Glasson, *Leç. de proc. civ.*, tome I^er^, pages 48 et 49. — Glasson, Colmet d'Aage et Tissier, *Précis théor. et prat. de proc.*

Cette distinction de deux espèces d'incompétence est relativement récente.

Il n'en existe aucune trace dans le droit Romain, qui, on peut l'affirmer, sans risque d'erreur, ne l'a pas connue. Les textes sur lesquels on a voulu parfois appuyer cette théorie, n'ont pas le sens qu'on veut leur donner.

Les deux textes qui seraient relatifs à l'incompétence absolue, l'un du Code, l'autre du Digeste (1) sont ainsi çonçus :

*Texte du Code :* Privatorum consensus judicem, non facit eum qui nulli praeest judicio, nec quod is statuit rei judicatae continet auctoritatem.

*Texte du Digeste :* Qui neque jurisdictioni praeest, neque a principi potestate aliqua praeditus, neque ab eo qui jus dandorum judiciorum habet, datus est, nec ex compromisso somptus ve ex aliqua lege confirmatus est judex esse non potuit.

Ils signifient simplement que celui qui n'est pas magistrat, qui n'est pas juge, qui n'a reçu aucun pouvoir pour juger, ne peut être considéré comme juge, ni ce qu'il décide acquérir l'autorité de la chose jugée. La chose est évidente, et il ne viendrait à personne l'idée de la mettre en doute. Mais ces textes ne peuvent s'appliquer à des personnes régulièrement investies de la qualité de juge, mais saisies de matières dont le législateur ne leur a pas confié la connaissance.

Quant aux deux textes qui s'appliqueraient à l'incompétence relative, tous deux empruntés au Digeste (2) et ainsi conçus :

*civ.*, tome Ier, nº 194 et suiv., pages 187 et suiv., nº 639, page 695. Japiot, *Traité élémentaire de proc. civ.*, § 15, page 15.

(1) Code, livre III, titre 13, *de jurisdictione omnium judicum*, frag. 3. — Digeste, livre V, tit. 1, *de judiciis*, loi 81.

(2) Digeste, liv. V, tit. 1, *de judiciis*, loi 1, § 1, loi 2, § 1.

*Loi I*, § 1 : Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes, cujusvis judicis qui tribunale praeest, vel aliam jurisdictionem habet, est juridictio.

*Loi II*, § 1 : Convenire autem utrum inter privatos sufficit, an vero etiam ipsius proetoris consensus necessarius est : lex Julia judiciorum ait : quominus inter privatos conveniat : sufficit ergo privatorum consensus. Proinde, si privati consentiant, Prœtor autem ignoret consentire, et putat suam jurisdictionem, an legi satisfactum sit videndum est ? et puto posse defendi ejus esse jurisdictionem,

ils ont trait simplement aux conditions de la prorogation de juridiction, pour laquelle ils exigent seulement le consentement des parties. Si le juge saisi ignore cet accord, mais se croit compétent, la loi est satisfaite. Mais dans quelles hypothèses la prorogation de juridiction est-elle admise ; ces textes ne le disent pas.

Nous savons simplement qu'aux termes d'une loi, dont un fragment a été retrouvé à Este (1), certains tribunaux de la Gaule Cisalpine pouvaient connaître d'affaires de mandat, dépôt, tutelle, etc., si la cause ne dépassait pas 10.000 sesterces et si le défendeur consentait à plaider devant eux, et par des textes de Julien et de Paul conservés au Digeste (2) que certains magistrats pouvaient connaître de sommes supérieures au taux de leur compétence, en cas d'accord des parties (3).

Dans l'ancien droit, à l'origine du moins, on ne trouve pas non plus trace d'une distinction entre deux espèces d'incompétence, l'une absolue et l'autre relative.

La préoccupation dominante semble avoir été, à l'origine,

(1) Fragment d'Este, Girard, Textes, 1re partie, nº 13.

(2) Digeste, livre V, titre *de judiciis*, loi 74 et livre L, titre *ad municip et in col.*, loi 28.

(3) Voir aussi Laferrière, *Histoire du droit Français*, tome II, page 613.

les conflits qui s'élevaient journellement entre les juges ecclésiastiques et seigneuriaux et les juges royaux et principalement entre ces derniers.

Si l'on s'en rapporte à d'Argentré (1), l'Église aurait essayé primitivement, de faire admettre que le consentement des parties suffisait à proroger la juridiction du juge ecclésiastique, et cette opinion aurait été soutenue par la Doctrine (2). « Mais, dit-il, ce droit, créé par les pontifes, fut annulé par le propre droit des rois », et, au XVI^e^ siècle, on considérait les juges ecclésiastiques et les juges royaux comme absolument incompétents lorsqu'ils empiétaient sur les matières qui ne rentraient pas dans leurs attributions respectives. Ces conceptions ne paraissent pas d'ailleurs s'être modifiées par la suite, et elles étaient encore suivies au XVIII^e^ siècle (3).

Au temps de d'Argentré les juges royaux et seigneuriaux étaient aussi sur un pied d'égalité : on ne pouvait se soumettre au juge royal au détriment du seigneur justicier dont on était le sujet, et l'on était toujours fondé, si l'on était assigné devant un juge royal, à demander son renvoi devant son juge. Le seigneur justicier de son côté était en droit de revendiquer son sujet, de le faire comparaître devant lui et de connaître de sa cause (4).

Mais au fur et à mesure que l'autorité du roi se fortifie, le pouvoir des juges royaux s'étend, particulièrement sous l'influence des jurisconsultes qui, grands défenseurs des droits du trône, s'efforcent de faire concevoir le droit

(1) Commentaire sur la coutume de Bretagne, titre 1^er^, art. 44, note 2, n° 28 et 30, page 190.

(2) Voir sur ce point d'Argentré, *loc. cit.*

(3) D'Espeisses, de l'ordre judiciaire es causes civ., titre 3, n° 4, dans ses œuvres, pages 511 et 512 du tome II.

(4) D'Argentré, Commentaire sur la coutume de Bretagne, titre 1^er^, art. 28, n° 7 de la note 1, page 97 et n° 2 de la note 2, page 98.

accordé aux seigneurs justiciers, comme un empiètement légal sur la justice royale qui retrouve toute son autorité lorsque le renvoi n'est pas demandé.

Par exemple on reconnaît d'abord que certains sceaux, tels les sceaux du Chatelet de Paris, d'Orléans et de Montpellier, sont attributifs de juridiction au juge royal, celui qui contracte sous l'un de ces sceaux, se soumettant toujours à la juridiction de ce juge, qui est en quelque sorte prorogée de ce fait (1).

On refuse d'autre part au sujet d'un seigneur justicier, assigné devant le juge royal, le droit de demander son renvoi, encore qu'il prétende qu'il y ait eu collusion entre la partie adverse et le seigneur pour que ce dernier ne revendiquât point la cause. Toutefois, si le sujet du seigneur justicier n'est pas domicilié dans le ressort du juge royal devant lequel il est cité, il peut demander son renvoi devant son juge, sans l'adjonction de son seigneur.

Le droit de revendication du seigneur devient donc une simple faculté de sa part, lui seul ayant un intérêt au retour de la cause devant sa juridiction. D'après Bacquet cette revendication doit même se faire avant que la cause ne soit « nouée et contestée ». Pigeau, au contraire, Rodier et Pothier estiment que le renvoi peut être demandé en tout état de cause, parce que le seigneur peut ignorer jusqu'à la défense au fond que l'un de ses sujets est distrait de sa juridiction et qu'il ne serait pas naturel que le fait d'un tiers pût lui porter préjudice (2).

(1) Voyez arrêt du Conseil des parties, 25 mai 1598 dans Brillon, dictionnaire des arrêts, v° juridiction n° 28, tome III, page 918, Bacquet, Traité des droits de justice, chap. VIII, n° 3 dans ses œuv. tome III, pages 26 et 27. — De Ferrière, *Corps et compilation des commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, tome II, page 1077, n° 11 et suivants.

(2) Bacquet, Traité des droits de justice, chap. VIII, n° 8 et 33, chap. IX, n° 4 et 6 dans ses œuv., tome Ier, pages 28, 38 et 47. —

Dans le dernier état du droit, en effet, on considère le juge royal comme le juge naturel et de droit commun, le juge seigneurial n'étant juge des sujets de son seigneur qu'en raison du privilège accordé à celui-ci par la concession du droit de justice. Par suite le juge royal ne peut être incompétent pour connaître des contestations qui s'élèvent entre les justiciables du juge seigneurial, puisqu'il a, en quelque sorte, plénitude de juridiction.

A l'inverse, il n'était pas permis aux plaideurs de se soumettre à la juridiction du juge seigneurial au détriment du juge royal. Toutefois, sans doute sous l'influence du droit Romain, qui admettait déjà la prorogation de juridiction dans des hypothèses analogues, on reconnaissait que les juges, dont la compétence était limitée à un certain taux, pouvaient dépasser le taux de leur compétence à la demande des parties; les chatelains, par exemple, qui n'avaient juridiction que jusqu'à 60 livres, pouvaient, d'après Brillon et Gui-Pape connaître de sommes plus considérables, du consentement des parties. Mais leur décision pouvait être déclarée nulle, sur la demande des gens du roi (1).

L'incompétence entre tribunaux ecclésiastiques seigneuriaux et royaux constituait donc une première espèce d'incompétence traitée d'ailleurs différemment selon que c'était le juge royal qui était saisi d'une affaire de la compétence du juge seigneurial, ou que c'était une affaire de la com-

Pigeau, *Procédure civile du Châtelet de Paris,* tome Ier, page 157.— Pothier, Traité de la proc. civ., nos 46, 52, 53, dans ses œuvres, tome X, pages 26 et 30. — Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance d'avril 1667* tome Ier, page 59. — Bornier, *Conférences des ordonnances de Louis XIV, avec les anciennes ordonnances,* titre 6 ; art 1er, tome Ier, page 40. — Serpillon, C. civ. ou commentaire de l'ordonnance d'avril 1667, sous l'art. 1er du tit. 6, page 55. — Rodier, Questions sur l'ordonnance, sous art. 1er du titre 6, quest. I, page 82.

(1) Brillon, Dict. des arrêts, vo juridict., no 28, tome III, page 919, col. 1. — Gui-Pape, decisiones quest. 271, no 1, page 150.

pétence du juge royal portée devant le juge ecclésiastique ou seigneurial, du juge ecclésiastique portée devant le juge royal.

Une seconde espèce d'incompétence était constituée par l'incompétence entre les tribunaux ordinaires (prévots, baillis, sénéchaux, juges du Chatelet de Paris, etc...) et les tribunaux extraordinaires ou d'exception (juges consuls, esleus de France, officiers des Eaux et Forêts, des gabelles, prévots des marchands, etc...)

On s'accordait à reconnaître qu'il n'était pas possible aux plaideurs de porter une affaire de la compétence des juges ordinaires devant les juges extraordinaires, tel que les juges consuls. Bien au contraire, cités devant eux, ils avaient le droit de se prévaloir de leur incompétence en tout état de cause et même après des défenses au fond. Les juges consuls eux-mêmes étaient tenus de renvoyer d'office la cause par devant les juges qui devaient en connaître, encore que les parties eussent été d'accord, pour leur confier la connaissance de leur contestation (1).

La question de l'incompétence des tribunaux ordinaires pour les affaires de la compétence des juridictions d'exception soulevait plus de difficultés.

Les tribunaux ordinaires cherchèrent, semble-t-il, à tirer parti de la tendance de la doctrine à faire reconnaître aux juges royaux la plénitude de juridiction vis à vis des juges seigneuriaux, lorsque sous l'empire des nécessités pratiques, la royauté fut amenée à créer des juridictions

(1) Brillon, Dict. des arrêts, v° juridict., n° 26. — Pigeau, *Proc. civ. du Châtelet de Paris*, tome I^er^, page 152. — Serpillon, C. civ. ou commentaire sur l'ordonnance d'avril 1667 sous l'article 1^er^ du tit. 16, n° 35, page 236. — Bacquet, Traité des droits de justice, chap. VIII, n° 17, texte et remarques de De Ferrière, dans ses œuvres, tome I^er^, pages 31 et 32. — Jousse, *Commentaire sur l'ordonnance du commerce*, page 328.

d'exception, pour retenir par devers eux, les causes dont la connaissance leur était enlevée. Ils s'efforcèrent de faire prévaloir l'idée que, ayant eu primitivement la plénitude de juridiction, ils l'avaient conservée lors de la création de juridictions d'exception qui n'étaient qu'un démembrement des juridictions de droit commun et que, d'autre part, ces juridictions ayant été créées dans l'intérêt des justiciables, ceux-ci pouvaient toujours renoncer au bénéfice d'une règle de compétence introduite en leur faveur pour revenir au droit commun (1).

Aussi le Parlement de Paris avait-il pris l'habitude de ne s'arrêter qu'aux déclinatoires opposés par les parties et de ne pas prononcer lui-même d'office l'incompétence (2).

C'est pourquoi, par exemple, deux ans après l'institution des juges consuls pour la ville de Paris, le roi était obligé de constater dans une déclaration datée de Bordeaux du 28 avril 1565, que « les juges ordinaires avaient par divers moyens empêché et chaque jour empêchaient le cours de la juridiction consulaire sous couleur que le pouvoir qu'il avait attribué aux dits juges consuls n'était si amplement et particulièrement déclaré par le dit édit (3) qu'il était requis et que le contenu de celui-ci était respectivement interprété et restreint à leur avantage. »

(1) « Juridiction ne se peut proroger, ni étendre *etiam ex consensu partium*, quand les juges sont délégués *ad certum causae genus*..... autre chose serait de juges commis *ad universitatem causarum* », écrivait Brillon dans son dictionnaire des arrêts. Vo. juridiction N° 26. Voyez aussi les observations faites par le premier Président du Parlement de Paris pour faire reconnaître à ce dernier la plénitude de juridiction dans les matières qui étaient attribuées au grand Conseil et à la Cours des aides (Serpillon, Code civil ou commentaire de l'ordonnance d'Avril 1667, sous art. 1 du tit. 6, n° 4, p. 55).

(2) Rodier, questions sur l'ordonnance d'Avril 1667, sous Art. 1, du titre 6, question 3, p. 86, 87.

(3) De 1563

Par suite du caractère patrimonial des justices en France sous l'ancien régime on comprend d'ailleurs aisément que les juges ordinaires se soient efforcés de retenir par devant eux le plus de causes possible, puisqu'ils y trouvaient un bénéfice.

Cette tendance de la jurisprudence explique que l'on ait pu soutenir à notre époque (1) que sous l'ancien régime les juridictions ordinaires avaient la plénitude de juridiction vis à vis des juridictions d'exception, comme les juridictions royales l'avaient vis à vis des juridictions seigneuriales.

En réalité, cette thèse que s'efforçaient de faire prévaloir les juridictions ordinaires était combattue par le législateur et repoussée par la doctrine.

C'est ainsi que le roi, après avoir constaté dans sa déclaration du 28 avril 1565 que les juges ordinaires empêchaient le cours de la juridiction consulaire, confirmait à nouveau son édit de 1563, instituant des juges consuls pour la ville de Paris, en précisant la portée et en sanctionnant l'inobservation par des amendes.

L'ordonnance sur la procédure civile de 1667 rappela à nouveau aux juges ordinaires qu'il ne leur appartenait pas de retenir par devers eux les causes qui ne rentraient pas dans leur compétence. « Défendons, disait l'article 6 du « titre 1^er^, à tous nos juges comme aux juges ecclésias- « tiques et des seigneurs, de retenir aucune cause, instance « ou procès dont la connaissance ne leur appartiendrait « pas ; mais leur enjoignons de renvoyer les parties par « devant les juges qui doivent en connaître, ou d'ordonner « qu'elles se pourvoient à peine de nullité de jugement ; et,

(1) Laferrière, *Essai sur l'histoire du droit Français*, tome I, p. 275. — Carou, *Jurisprudence civ. des juges de paix*, tome I, p. 40 à 43.

« en cas de contravention, pourront les juges être pris à « partie ».

Il y a lieu de remarquer toutefois que, si l'on s'en rapporte à Rodier, l'article 1er du titre 6 de l'ordonnance, lorsqu'il fut proposé aux Commissaires nommés pour les examens de cette dernière, se terminait par ces mots : « Encore que le renvoi n'ait pas été requis ni le déclinatoire proposé ». Lors de la rédaction de l'article ces mots en furent retranchés (1).

La thèse de la plénitude de juridiction était également écartée par la doctrine. Loyseau et Domat (2) dont on invoque parfois l'opinion pour soutenir que les juridictions ordinaires avaient la plénitude de juridiction, n'ont pas été aussi affirmatifs qu'on le dit (3).

Loyseau oppose aux tribunaux ayant le plein, entier et universel territoire, « les différents tribunaux extraordinaires, tels que les esleus de France, officiers des gabelles, des eaux et forêts, prévôts des marchands, juges consuls, etc... dont la compétence est limitée à certains genres de causes ».

« Les premiers sont seuls magistrats, dit-il, parce que « seuls ils ont puissance ordinaire, juridiction entière, vrai « détroit et territoire, ce qui est en France la marque de « la juridiction et de la magistrature ». Les autres ne le sont pas, « bien qu'ils aient préhension, vocation et puis- « sance de juger, greffiers et sergents et autres Ministres « et même le droit de glaive ». — « Ils ont plutôt une

(1) Rodier, questions sur l'ordonnance d'Avril 1667, sous art. I du titre 6, question 4, p. 87, 88.

(2) Loyseau, traité des offices, dans ses œuvres, livre I, chap. 6, nº 46 et 48, p. 55. — Domat, le droit public, liv. II ; titre 1, section 2, nº 15, dans ses œuvres, tome III, p. 390.

(3) Voy. Dorlancourt, art. dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1855, p. 547 et suiv.

« simple notion, une puissance de juger, qu'une vraie « juridiction. Ils sont juges des aides et des tailles, d'autres « du sel, des eaux et forêts et des rivières, des vagabonds, « du fait des marchandises », etc....

« Les juges ordinaires, au contraire, sont juges des lieux « et du territoire ; ils ont justice régulièrement et univer- « sellement sur toutes les personnes et les choses qui sont « dans les limites de leur district », et les autres justices ne sont qu'un démembrement de cette justice ordinaire.

En résumé, d'après Loyseau, les juridictions extraordinaires sont bien des démembrements des juridictions ordinaires ; d'autre part les attributions des juges extraordinaires sont limitées, alors que les juges ordinaires ont juridiction dans leur territoire sur toutes personnes et sur toutes choses. Mais Loyseau ne s'explique pas nettement sur la plénitude de juridiction qui appartenait aux magistrats ordinaires, et, quelque restreintes que fussent les attributions des juges extraordinaires on peut se demander si ces derniers n'en exerçaient pas moins leur office à l'exclusion des magistrats ordinaires.

Avec Domat, la lumière se fait. « La première des « distinctions des juridictions est celle des officiers qui « connaissent de toutes matières civiles, criminelles, béné- « ficiales, et de toutes autres indistinctement, à la réserve « de quelques-unes qui ont été attribuées à d'autres juges, « et c'est pour cette raison que l'on appelle cette juridiction « ordinaire, pour la distinguer de celle de ces autres juges « qu'on appelle par cette raison extraordinaire ». — « C'est « ainsi que les Parlements, les baillis, les sénéchaux, etc.... « exercent la juridiction ordinaire ; les autres juridictions « d'officiers qui connaissent des finances, des tailles, des « aides, des gabelles, des monnaies et d'autres matières « distraites de la juridiction ordinaire, sont en ce sens des

« juridictions extraordinaires, distinguées entre elles selon « la matière propre à chacune, et qui font autant de diffé- « rentes sortes de juridictions et fonctions de justices... « Ainsi les juges ordinaires sont ceux qui ont naturellement « la connaissance de toutes matières sans autres exceptions « que celles qui ont été attribuées expressément à d'autres « juges »....

« Comme la plénitude de l'autorité de la justice réside en « la personne des princes, et qu'il y a aussi la plénitude « de l'une et de l'autre juridiction, et même le droit de « juger toutes sortes d'affaires indistinctement, s'il n'y « avait dans un Etat qu'un seul ordre d'officiers qui eussent « les deux juridictions pour toutes les matières, il n'y « aurait qu'une sorte de tribunaux qui auraient, chacun « dans son ressort, l'administration entière de la justice, « et les premiers juges que les premiers princes ont établis, « pouvaient avoir naturellement ce ministère général « partagé entre eux, non selon les diverses natures d'offices, « mais selon l'étendue de leur district »....

« Mais dans la suite, l'étendue des Etats et la multipli- « cité des diverses espèces d'affaires ont fait distinguer « différentes juridictions, tant volontaires que conten- « tieuses, et l'on adistrait des anciennes juridictions ordi- « naires divers tribunaux à qui l'on a affecté des matières « qui pouvaient avoir été de la compétence de ces premiers « juges qui connaissaient naturellement de toutes ma- « tières ».

Au XVII[e] siècle donc, les juges ordinaires ne connaissent plus de toutes matières indistinctement, parce que quelques unes de ces matières ont été attribuées à d'autres juges qui en connaissent exclusivement.

Pigeau (1) d'ailleurs, à la veille de la Révolution, n'était

(1) *Proc. civ. du Châtelet de Paris,* tome I, p. 92.

pas moins net sur ce point : « Si, écrivait-il, les rois ont « voulu que les Parlements et Conseils Supérieurs pussent « s'étendre sur toutes ces matières : commerciales, d'eaux « et forêts, etc..., ils n'ont pas établi la même chose à « l'égard des tribunaux inférieurs institués sous eux ; ils « ont exigé dans les premiers la capacité de les embrasser « toutes, dans les second la capacité d'embrasser seule- « ment la matière confiée à leurs soins ; c'est pourquoi, il « leur est défendu d'entreprendre l'un sur l'autre ».

Pour les matières exclues de leurs attributions, ces tribunaux étaient incompétents aussi bien que les juridictions d'exception pour celles de leur compétence à eux. Cette incompétence était appelée généralement *ratione materiæ* parce qu'elle tenait à proprement parler à la matière, objet du litige (1).

L'incompétence *ratione materiæ* pouvait être proposée en tout état de cause même après défense au fond (2). Elle pouvait être proposée pour la première fois en appel même après un jugement définitif intervenu en première instance (3).

Les juges ne pouvaient retenir la connaissance de ces matières quand bien même les parties y consentaient. Le Ministère public pouvait revendiquer l'affaire pour le juge

(1) Pothier, traité de proc. civ., n° 46, dans ses œuvres, tome X, p. 25 et 26. — Rodier, question sur l'ordonnance d'avril 1667, sous art. I du titre 6, quest. 1, p. 83 et quest. 3, p. 86, 87. — Pigeau, *Proc. civ. du Châtelet de Paris*, tome I, p. 150.

(2) Pigeau, *Proc. civ. du Châtelet de Paris*, tome I, p. 150 et 151. — Bacquet, traité des droits de justice, remarque de Laferrière, chap. 8, n° 33, dans ses œuvres, tome I, p. 38.

(3) Rodier, quest. sur l'ordonnance d'avril 1667, sous art. 1 du titre 6, quest. 3, p. 86, 87. — Ferrière cité par Delor, *De la prorog. de jurid*, p. 19 et 20. — Bornier, conférences des ordonnances de Louis XIV avec les anciennes ordonnances, sous ord. d'avril 1667, titre 6, art. 3, tome I, p. 45.

qui devait en être saisi ; le juge à qui la matière appartenait était également en droit de décliner la juridiction où la demande avait été incompètemment portée, et d'en demander le renvoi, indépendamment des parties ou malgré elles (1).

L'incompétence *ratione materiæ* se proposait de deux manière différentes, soit en faisant révoquer par la juridiction où l'on voulait être renvoyé, l'assignation qui avait été donnée, soit en opposant l'incompétence devant le tribunal même où l'on était assigné (2).

Deux arguments étaient invoqués à l'appui de ces solutions. L'un, qui semble avoir été mis le premier en avant, était tiré de deux textes du droit Romain (3) dans lesquels il était dit que celui qui n'était pas juge, qui n'avait pas été investi de la qualité de juge ne pouvait juger. Il n'appartenait donc pas aux parties de donner juridiction à celui qui n'en avait pas (4).

L'autre était tiré du caractère d'ordre public des règles qui délimitaient les attributions des juridictions ordinaires et d'exception : l'incompétence était d'ordre public, et l'intérêt public s'oppose, disait Pigeau, à ce que l'on porte à une branche « une affaire déportée à une autre par le souverain » (5).

(1) Jousse, nouveau commentaire sur l'ordonnance d'avril 1667, tome I, p. 59, commentaire sur l'ordonnance du commerce, p. 328. — Guyot, répertoire, V°. Juridict., tome XXIII, p. 425. — Rodier, question sur l'ordonnance d'avril 1667, sous art. I du titre 6, quest. 1, p. 83 et quest. 3, p. 86, 87.

(2) Pigeau, *Proc. civ. du Châtelet de Paris*, tome I, p. 150.

(3) Voir ces textes p. 12.

(4) Bacquet, traité des droits de justice, remarque de Laferierre, chap. 8, n° 33, dans ses œuvres, tome I, p. 38. — D'Espeisses, de l'ordre jud. es causes civiles, tit. 3, n° 23, dans ses œuvres, tome II, p. 517. Voy. aussi Bornier, conférences des ordonnances de Louis XIV avec les anciennes ordonnances, sous l'ordonnance d'avril 1667, tit. 6, art. 3, tome I, p. 45. — Ferrière cité par Delor, *De la prorog. de juridict.*, p. 19 et 20.

(5) Pigeau, *Proc. civ. du Châtelet de Paris*, tome I, p. 150 et 151.

Aux fins de non procéder tirées de l'incompétence *ratione materiæ*, on opposait celles tirées de l'incompétence *ratione personæ* ou de l'incompétence *ratione loci*.

Toute action personnelle doit être intentée devant le juge du domicile du défendeur, par application de la maxime *actor sequitur forum rei*. Le défendeur assigné devant un autre juge peut donc demander le renvoi devant le juge de son domicile. Ce juge est incompétent *ratione personæ*.

Toute action réelle doit être intentée devant le juge dans la juridiction duquel les biens qu'on demande sont situés. Ainsi le possesseur des biens assignés ailleurs peut demander son renvoi ; il y a là incompétence *ratione loci* (1).

On avait reconnu d'abord aux parties le droit de déroger, par convention particulière, à ces règles, et en particulier de se soumettre à la juridiction d'un juge dans le ressort duquel le défendeur n'était pas domicilié, pourvu que le tribunal choisi fût identique à celui qui aurait dû être saisi (2). Chacun peut faire de son non-juge un juge, lisait-on dans les coutumes de Beauvaisis de Beaumanoir. La jurisprudence était en ce sens, et le 16 novembre 1579, le Parlement de Paris juge qu'en action personnelle, la convention doit être portée devant le juge du domicile, si ce n'est qu'il y ait soumission expresse (3).

Mais comme les justices seigneuriales étaient patrimoniales et comme dans les sièges royaux les émoluments de la justice étaient, à raison de la vénalité des offices, considérées comme formant pour les juges une espèce de pro-

(1) Rodier, quest. sur l'ordonnance d'avril 1667, sous art. 1 du titre 6, quest. 1, p. 81. — Pothier, traité de la proc. civ. nº 46, dans ses œuvres, édition Bugnet, tome X, p. 25 et 26.

(2) D'Argentre, commentaire sur la coutume de Bretagne, sous l'art. 2. Titre 1, nº 46, p. 52.

(3) Brillon, Diction. des arrêts Vº Juridict. nº 18, tome III, page 917.

priété, les magistrats s'efforcèrent de faire prévaloir l'idée que les parties ne pouvaient par convention ou élection de domicile, se soustraire à leur juge naturel.

Au moment où furent rédigées les grandes ordonnances de Colbert, quelques coutumes autorisaient encore les prorogations de juridiction et les soumissions à une autre juridiction que la juridiction naturelle du défendeur. Mais il y avait des parlements qui se refusaient à admettre ces principes (1).

En Bourgogne les élections de domicile étaient encore autorisées dans la première moitié du XVII^e^ siècle, ainsi qu'en fait foi le procès rapporté par Serpillon dans son Commentaire de l'ordonnance de 1667 (sous le titre 2, article 3, n° 2, page 27) ; mais suivant le même auteur elles ne l'étaient plus dans le ressort du Parlement de Toulouse, et en 1768, il était intervenu un règlement du Parlement de Dijon les interdisant également parce que « les juridictions se trouvaient dépouillées par ce moyen. »

Contrairement à ce qui s'était produit pour l'incompétence entre tribunaux d'exception et de droit commun, les tendances de la jurisprudence finirent par s'imposer à la Doctrine.

Bacquet et plus tard Rodier admettaient en effet que les juges ne pouvaient être saisis malgré les conventions des parties leur attribuant juridiction, et que le défendeur pouvait demander son renvoi au tribunal compétent, malgré cette soumission ; d'Espeisses enseignait que le défendeur ne pouvait être convenu qu'en son domicile, bien qu'il consentit à plaider ailleurs (2).

(1) Serpillon, Code civil ou commentaire sur l'ordonnance, sous titre II, art. 3, n° 2, page 27.

(2) Bacquet, Traité des droits de justice, chap. VIII, nos 5, 6 et 8, dans ses œuvres, tome Ier, pages 27 & 28. — Rodier, questions sur

L'obligation de recourir au juge du domicile du défendeur, qui n'avait d'abord été imposée qu'au demandeur, était par suite devenue commune aux deux parties. Le juge compétent pouvait intervenir lui-même et revendiquer son justiciable (1).

Pothier enfin enseignait que le juge incompétent devait lui-même et sans réquisition renvoyer d'office la cause devant le tribunal compétent. Rodier au contraire estimait, en s'appuyant sur les travaux préparatoires de l'ordonnance de 1667, que le juge n'était tenu de se dessaisir que s'il en était requis (2).

Pour étayer ces solutions on invoquait le caractère d'ordre public des règles concernant les juridictions, et qui empêchait les parties de se soustraire à ces règles (3).

On considérait néanmoins le demande en renvoi comme devant être formulée avant toute autre exception ou défense, *in limine litis*, comme l'on disait le plus souvent. La jurisprudence elle-même était en ce sens ainsi qu'il résulte d'un procès rapporté par Rodier dans ses ques-

l'ordonnance d'avril 1667, sous art. 3 du tit. 2, quest. 6, page 27. — D'Espeisses, de l'Ordre judiciaire es causes civ., titre 3, § 2, dans ses œuvres, tome II, page 510.

(1) Heurion de Pansey, Compétence des juges de Paix, pages 37 et 38 et autorités judiciaires, chap. xx, dans ses œuvres, 4e partie, page 563. — Merlin, Répertoire, V° juge de Paix § 3, tome VIII, page 688. — Boucenne, *Théorie de la proc. civ.*, tome Ier, page 93, note 1.

(2) Pothier, Proc. civ., n° 49, dans ses œuvres, tome X, page 28. — Rodier, Quest. sur l'ordonnance d'avril 1667, sous art. 1 du titre 6, quest. 4, page 87-88.

(3) Rodier, Quest. sur l'ordonnance d'avril 1667, sous art. 3 du titre 2, quest. 6, page 27. — Merlin, Répertoire, V° juge de Paix § 3, tome VIII, page 638. — Serpillon, Code civil ou comment. de l'ordonnance du mois d'avril 1667, sous art. 3, titre 2, n° 2, pages 26-27.

tions sur l'ordonnance d'avril 1667 (sous l'art. 1er du titre 6, question 4, page 87).

On donnait deux raisons pour justifier cette solution : on invoquait d'abord un texte du droit Romain, la loi 4 du titre de *juridictione omnium judicium* au Code, livre III, qui interdisait de récuser un juge après la *litis contestatio* (1).

On s'appuyait en outre sur l'idée que les règles de compétence qui déterminaient entre tribunaux identiques celui qu'il fallait choisir et principalement la règle *actor sequitur forum rei*, avaient été introduites parce qu'il était plus commode pour le défendeur de plaider devant son juge (2). Aussi considérait-on que plaider devant un autre juge sur une exception ou sur le fond, c'était adopter ce juge, consentir à plaider devant lui (3).

Enfin l'on distinguait encore sous l'ancien régime une quatrième espèce d'incompétence, celle résultant du privilège qu'avaient certaines personnes, soit par elles-mêmes, soit par le corps auquel elles appartenaient, de plaider devant certaines juridictions : c'est ainsi que les nobles pouvaient porter leurs causes devant les sénéchaux, les officiers de la maison du roi, des cours souveraines, les évêques, aux requêtes de l'Hôtel du Palais, etc...

Ces personnes privilégiées étaient en droit, lorsqu'elles étaient assignées devant une autre juridiction, de demander leur renvoi devant la juridiction où elles avaient le privilège d'être renvoyées.

Mais seules elles pouvaient demander leur renvoi ; et

(1) Bacquet, Traité des droits de justice, chap. VIII, n° 33, dans ses œuvres, tome Ier, page 38. — D'Espeisses, de l'ordre judiciaire es causes civiles, titre 6, Vo exception n° 3, dans ses œuvres, tome II, page 531.

(2) Pigeau, *Proc. civ. du Châtelet de Paris*, tome Ier, page 152.

(3) Rodier, Quest. sur l'ordonnance d'avril 1667, sous art. 1 du titre 6, quest. 4, page 87. — Pigeau, précité, pages 148 et 152. — Pothier, Proc. civ., n° 49, dans ses œuvres, tome X, page 28.

leur demande devait être faite avant toute autre contestation, à peine de forclusion, parce qu'il ne s'agissait que de leur intérêt particulier et que l'on peut toujours renoncer à ce qui est introduit en sa faveur. On pouvait d'ailleurs assigner également le demandeur devant la juridiction où l'on avait « causes commises » pour voir évoquer l'instance ou procéder devant lui (1).

Toutefois, on ne considérait pas comme un privilège le droit qu'avaient certaines personnes d'être jugées devant certains tribunaux à raison de leur qualité. C'est ainsi que d'après Pothier (2) si les nobles étaient justiciables du bailli et non du prévôt ce n'était pas en vertu d'un privilège à eux accordé, mais parce que dans la distribution de la justice faite entre les baillis et les prévôts, par l'édit de Crémieu, les causes des nobles avaient été attribuées au bailli. Le bailli pouvait donc demander le renvoi de la cause devant lui, quand même les parties ne l'auraient pas demandé.

Telles étaient les conceptions que, à la veille de la Révolution, l'on se faisait de l'incompétence. Ces conceptions avaient un rapport étroit avec les caractères inhérents à notre organisation judiciaire sous l'ancien régime. C'étaient par exemple la vénalité des offices et la patrimonialité des charges qui avaient fait reconnaître aux juges le droit de revendiquer leurs justiciables et refuser à ceux-ci la possibilité de renoncer par convention particulière à plaider devant leur juge naturel. C'étaient la coexistence de justices

(1) Rodier, Question sur l'ordonnance d'avril 1667, sous art. 1 du tit. 6, quest. 1, page 83, quest. 3, pages 85, 86, 87. — Bornier, Conférences des ordonnances de Louis XIV avec les anciennes ordonnances sous l'ordonnance d'avril 1667, tit. 6, art. 3, tome Ier, page 45. — Bacquet, Traité des droits de justice, remarques de De Ferrière, dans ses œuvres, tome Ier, page 38.

(2) Pothier, Proc. civ., n° 47, dans ses œuvres, tome X, page 26.

rivales et le désir des jurisconsultes de fortifier le pouvoir royal qui avaient fait introduire la notion de la plénitude de juridiction de certains tribunaux, notion que les juges eux-mêmes cherchaient parfois à étendre abusivement à leur profit.

Avec la Révolution tout cela disparaît. Une des premières préoccupations du législateur révolutionnaire est en effet de réformer l'organisation de la justice. Dès 1789 la question de cette réformation est portée devant l'Assemblée Constituante ; elle est reprise, l'année suivante, et à la séance du 24 mars 1790, on décide de reconstruire entièrement l'ordre judiciaire. Cette reconstitution fait l'objet d'un projet de loi discuté et voté quelques mois après (loi de 16-24 août 1790). Les privilèges avaient été abolis dès la nuit du 4 août 1789 ; leur abolition est confirmée par l'article 2, du titre 16. La nouvelle loi, en instituant un seul ordre de juridiction en matière civile, fait disparaître la rivalité des justices. Dans son article 2 du titre 2, enfin, elle supprime pour toujours la vénalité des offices de judicature.

L'organisation judiciaire est elle-même considérablement simplifiée. De toutes les juridictions d'exception, qu'avait instituées l'ancien régime, une seule, la juridiction consulaire est maintenue, après une vive discussion, par une décision prise à la séance du 27 mai 1790. Encore la nouvelle juridiction consulaire issue de la Révolution, juridiction des affaires commerciales, diffère-t-elle beaucoup de celle qu'avait connue l'ancien régime, et qui était en réalité la juridiction des commerçants. En effet, alors que l'édit de 1563 qui réglementait, pour la Ville de Paris, leur institution, attribuait aux juges consuls (art. 3), la connaissance de tous les procès et différends qui s'élèveraient ultérieurement entre les marchands pour faits de marchandises seulement, entre leurs veuves, marchandes publiques, leurs

facteurs, serviteurs, etc..., la loi des 16-24 août 1790 (titre 12, art, 2) confie aux tribunaux de commerce la connaissance des affaires commerciales, tant de terre que de mer, sans distinction. Thouret, d'autre part, dans son rapport sur le projet de loi sur la réformation de l'ordre judiciaire (loi des 16-24 août 1790) développant les raisons pour lesquelles on avait cru devoir conserver les juridictions consulaires dit : « Telle est la complication des « affaires que le juge de Paix, les Tribunaux de districts « ou de départements ne pourraient sans graves inconvé- « nients, juger certaines discussions d'une nature particu- « lière. Nous proposons de maintenir les juridictions sur « les objets de commerce ».

Enfin, si le législateur révolutionnaire a cru devoir créer une nouvelle juridiction d'exception, celle des juges de Paix, leur compétence n'embrasse pas simplement un certain genre de causes, comme celle des Tribunaux d'exception de l'ancien régime, mais s'étend à toutes les causes qui, par leur nature ou leur valeur, peuvent être dispensées de la procédure compliquée du tribunal ordinaire. C'est surtout, en effet, pour créer une magistrature sommaire, prompte, et à la portée des plus humbles classes de la société, qu'est instituée cette juridiction. « Le désir le plus général, dit encore « Thouret dans son rapport, a été de procurer aux habi- « tants des campagnes une justice prompte, facile et, pour « ainsi dire, domestique, qui n'exige pas l'appareil d'une « procédure ruineuse, et qui ne demande pas d'autres lois « que celles du bon sens (1) ».

Le législateur révolutionnaire a donc bien, comme il l'avait décidé à la séance du 24 mars 1790, refondu entièrement notre organisation judiciaire.

Seize ans après, Napoléon, en faisant rédiger le Code de

(1) S., *Lois annotées*, tome I^er^, page 51, note 10.

procédure, renouvelle aussi la procédure civile. Mais si l'article 1040 abroge explicitement toutes les lois, coutumes, usages et réglements pour la procédure civile, la réforme n'est cependant pas aussi profonde que celle de l'organisation judiciaire, faite par l'assemblée Constituante. « Le but « de la Commission, dit en effet Treilhard dans son rapport « au Conseil d'État, n'a pas été de créer des dispositions « nouvelles ; elle s'est fait au contraire un devoir de main- « tenir toutes celles qui lui ont paru utiles, parmi les dis- « positions existantes (1). »

C'est pourquoi, bien que la Révolution ait refondu entièrement l'ordre judiciaire, le Code de procédure a néanmoins, en matière d'incompétence, fait revivre en partie les conceptions de l'ancien régime. En effet, bien qu'il ne renferme aucun texte relatif à l'organisation judiciaire et à la compétence, matières régies par des lois d'un ordre différent, dont ses rédacteurs n'avaient pas cru devoir s'occuper (2), le Code contient néanmoins quelques dispositions sur les demandes en renvoi que l'on peut former si l'on est assigné devant un tribunal incompétent (art. 168, 169, 170 & 424 c.p.c.) dispositions évidemment empruntées aux derniers jurisconsultes de l'ancien régime, tels que Bacquet, Pigeau, etc... et plus spécialement à Pothier, à qui, on le sait, les rédacteurs de nos Codes ont beaucoup emprunté.

Le Code distingue (art. 169, 170, 424) deux espèces d'incompétence, l'une qui peut être invoquée en tout état de cause et que le tribunal doit opposer d'office en cas de silence des parties, l'autre dont on ne peut se prévaloir

(1) Séance du 30 Germinal an 13, Locre, *Législation civile de la France*, tome XXI, page 18.

(2) Treilhard, Rap. au Cons. d'État sur le Code de proc. civ., séance du 30 Germinal an XIII, et exposé général au Corps législatif des motifs des deux premiers livres du Code, séance du 4 avril 1806, Locre, *Législation civile de la France*, tome XXI, pages 17 et 23.

qu'avant toutes autres exceptions ou défenses ; l'une a lieu lorsque le tribunal est incompétent à raison de la matière, l'autre au contraire, lorsqu'il est incompétent pour toute autre cause.

A quelles hypothèses s'applique cette dernière espèce d'incompétence, le Code ne le dit pas expressément, mais les travaux préparatoires permettent de préciser ce point.

En effet, le tribun Faure, présentant à la séance du Corps Législatif du 14 avril 1806, le vote d'adoption de la section de législation du Tribunat, sur le livre Ier et les 9 premiers titres du livre 2 du C.p.c. (1) écrivait : « Celui qui est « assigné devant un autre tribunal que celui de son domi- « cile, ou de la situation des lieux, peut demander son « renvoi devant le tribunal compétent ; ce n'est point une « obligation que la loi impose au défendeur, ce n'est « qu'une faculté dont il peut ne pas faire usage ; s'il veut « en user, il doit le faire avant toutes autres exceptions ou « défenses. Si cependant le tribunal était incompétent à « raison de la matière, par exemple si l'on portait au tri- « bunal de commerce une demande de partage de succes- « sions, les parties pourraient demander leur renvoi à « quelque époque que ce soit de l'instruction. Les juges « sont même tenus de se dessaisir sans que le déclinatoire « soit proposé, car la matière n'est pas de celles, que le « tribunal de commerce peut juger. »

On lit d'autre part dans les observations de la Cour de Cassation sur le projet du Code de procédure civile, sous l'article 71 (Sirey, 1809, 1, 6) qu'il y a incompétence à raison de la matière, lorsque l'action est intentée devant un juge d'exception, en quelque matière qui ne lui est point attribuée, ou lorsque la demande est formulée devant un juge

(1) Locre, *Législation civile de la France*, tome XXI, page 586.

ordinaire, sur une matière que la loi a universellement distraite de sa juridiction, et, sous l'article 138, qu'on ne peut proroger la juridiction d'un tribunal incompétent, et que ce tribunal est obligé, même d'office, de renvoyer la cause au tribunal ou à l'autorité qui doit en connaître. Mais si le tribunal n'est incompétent qu'à raison de la personne ou de la situation, il suffit que le défendeur n'ait point opposé l'incompétence avant toutes autres exceptions déclinatoires ou péremptoires, ou qu'il ait conclu ou acquiescé à la remise de la cause, pour que la juridiction du tribunal soit prorogée, et l'exception déclinatoire non recevable.

Le législateur du Code ne donnait donc de solution que pour deux hypothèses d'incompétence seulement, l'incompétence d'un tribunal ordinaire pour les affaires de la compétence d'un tribunal d'exception ou d'un tribunal d'exception pour les affaires de la compétence d'un tribunal ordinaire ou d'un autre tribunal d'exception, l'incompétence entre tribunaux identiques à raison du domicile du défendeur ou du lieu de la situation des biens.

La chose, comme les solutions données pour ces deux hypothèses, s'explique d'ailleurs aisément. Des quatre espèces d'incompétence dont l'ancien droit reconnaissait l'existence, deux disparaissaient nécessairement par suite de la suppression des justices seigneuriales et ecclésiastiques et de l'abolition des privilèges.

Il ne restait donc que l'incompétence entre tribunaux de droit commun et d'exception, ou incompétence *ratione materiæ*, et l'incompétence entre tribunaux identiques ou incompétence *ratione personæ vel loci*. Le Code attache à la première les mêmes conséquences que l'ancien régime. Pour la seconde, il revient à la formule de Beaumanoir : « Chacun peut faire de son non-juge un juge », les raisons qui avaient fait abandonner partiellement cette formule

(vénalité des offices de judicature) n'existant plus depuis la Révolution.

C'est en ce sens que la Doctrine s'est d'abord affermie : Poncet, par exemple en 1817, définissant l'incompétence absolue disait : « Il y a incompétence absolue, si la cause « portée devant le tribunal est étrangère à ses attributions « matérielles comme si une question d'état est portée « devant un tribunal commercial... (1) »

Vingt ans plus tard, Boitard (2) faisant la distinction de l'incompétence *ratione materiæ* et l'incompétence *ratione personæ*, prend comme exemple de l'une, une affaire civile portée devant le tribunal de commerce et comme exemple de l'autre, l'action d'appeler une partie devant un tribunal qui, soit à raison du domicile de cette partie, soit à raison de la situation de l'objet n'a pas compétence pour connaître du procès.

Mais à côté de l'incompétence des tribunaux de droit commun pour des matières attribuées aux tribunaux d'exception, de l'incompétence de ceux-ci pour des matières attribuées aux premiers ou à un autre tribunal d'exception, et de l'incompétence entre tribunaux identiques à raison du domicile des parties ou de la situation de l'objet litigieux, il existe de nombreux cas d'incompétence, tels pour ne citer que les plus importants, l'incompétence entre tribunaux de degrés différents.

Lorsqu'on s'est trouvé en présence de ces hypothèses, on a voulu, comme il était de tradition dans la doctrine dans la première moitié du XIX^e^ siècle, en trouver la solution dans le Code de procédure lui-même, bien qu'il ne les eut pas envisagées, et, puisqu'il distinguait deux espèces d'in-

(1) Poncet, *Traité des actions*, titre 4, chap. IV § 1, n° 182, page 247.
(2) *Leç. de proc. civ.*, 1837, tome I^er^, pages 347-348.

compétence seulement, les faire rentrer dans l'une ou l'autre de ces deux espèces d'incompétence.

C'est ainsi qu'un premier essai d'une théorie complète de l'incompétence fut fait au début de la deuxième moitié du XIXe siècle par Thomine Desmazures qui estimait que l'incompétence était relative ou absolue, selon que l'attribution de juridiction avait été faite, principalement dans l'intérêt des parties, ou tenait à des intérêts généraux, à l'ordre hiérarchique des pouvoirs (1).

Un autre essai, dans le même sens, fut fait quelques années plus tard par Carré, dans son ouvrage sur les lois d'organisation judiciaire et de compétence (2). Toutes ces lois d'après lui, sont d'ordre public ; il n'y peut donc être dérogé. Cependant on ne peut empêcher celui à qui la loi attribue un droit, de renoncer aux avantages particuliers que fait naître pour lui l'application de la loi. Aussi la loi permet-elle parfois de déroger aux règles de compétence et d'organisation judiciaire ; c'est lorsque ces règles ont été introduites en faveur des parties. Ainsi un particulier soumis à la juridiction d'un tribunal de première instance peut consentir à être jugé par un autre, parce que le principe que le demandeur doit saisir la juridiction du défendeur est introduit en faveur de ce dernier, qui peut renoncer au bénéfice de ce principe.

Mais on ne peut saisir *de plano* la Cour d'Appel ni porter devant une cour étrangère (entendez dans le ressort de laquelle ne se trouve pas le juge du premier degré), un jugement de première instance. Il faut alors appliquer l'idée que les règles qui déterminent les juridictions sont d'ordre public, c'est-à-dire appliquer l'art. 170 du Code de procédure civile.

(1) Thomine Desmazures, *Commentaire sur le C. de proc. civ.*, t. I, sous art. 168 à 170, nº 204, p. 322.

(2) Première partie, titre IV, nºs 72 et suiv., p. 67 à 69 du tome I.

Ces deux essais cadraient d'ailleurs mal avec les textes du code de procédure civile, pris au pied de la lettre, puisque ces derniers parlent d'incompétence *ratione materiæ* et non d'incompétence résultant de la violation d'une règle d'organisation judiciaire d'ordre public ou d'une règle introduite dans un but d'intérêt général.

Aussi ne furent-ils pas suivis par le reste de la doctrine, qui s'en tint encore par la suite, au moins dans ces définitions, à la distinction des deux incompétences telle que le code l'avait faite. Carou (1) par exemple indiquant de quelle manière on peut distinguer l'incompétence *ratione materiæ* de l'incompétence *ratione personæ* dit encore : la première se tire de l'objet même de la contestation de la nature de la chose en litige ou de sa valeur (incompétence entre tribunaux de droit commun et d'exception), l'incompétence *ratione personæ*, de la considération de la personne ou de la situation de l'objet litigieux.

C'est M. Glasson qui, tant dans son remarquable article dans la Revue critique de législation et de jurisprudence de 1881 que dans son édition des leçons de procédure civile de Boitard, a le premier mis sur pied d'une façon complète la théorie classique de l'incompétence telle que nous l'avons exposée au début de ce chapitre (2). Ces idées furent reprises d'ailleurs un peu plus tard par M. Garsonnet dans son Traité de procédure civile et conservées par M. César Bru dans la deuxième édition de ce traité (3).

(1) Carou, *De la Juridiction civile de juge de Paix*, t. I, p. 38 et 39.

(2) Voy. Glasson, art. dans la Revue critique de législation et de jurisprudence, année 1881, p. 228 à 231. — Boitard et Glasson, *Leç. de procéd. civ.*, tome I, p. 49. — Glasson, Colmet, d'Aage et Tissier, *Précis théor. et prat. de proc. civ.*, tome I, nº 194-196, p. 187, 188, 189 et nº 639, p. 695 et 696.

(3) Garsonnet, *Traité théor. et prat. de proc. civ.*, 1re édit., tome II, nº 400 et suivantes, p. 10 et suiv., 2e édit. par César Bru, nº 466 et suiv., p. 732 et suiv.

## CHAPITRE II

### La théorie classique n'exprime pas le droit en vigueur en France

La jurisprudence française n'a pas suivi la doctrine dans toutes ses déductions. Si elle s'est efforcée, le plus souvent, de faire rentrer tous les cas d'incompétence qui lui étaient soumis, dans l'une ou l'autre des deux espèces d'incompétence dont la distinction avait été maintenue dans le Code de procédure civile, étant donné l'impossibilité pour elle d'adopter une solution qui ne fût pas appuyée sur un texte de loi, elle a du moins cherché à éviter les inconvénients que l'application de ces textes pouvait présenter, soit en étendant le domaine de l'incompétence relative à des hypothèses qui rentraient dans le domaine de l'incompétence absolue, non seulement d'après la théorie classique, mais d'après les intentions même du législateur, soit à l'inverse, en faisant rentrer dans le domaine de celles-ci des hypothèses où l'incompétence relative s'imposait logiquement.

Parfois même elle n'a pas hésité à créer une troisième espèce d'incompétence.

La doctrine elle-même abandonne parfois les solutions logiques pour adopter celles de la jurisprudence, en s'efforçant de faire cadrer ces solutions avec les idées générales qu'elle a émises en matière d'incompétence.

Section I. — La jurisprudence cherche à étendre le domaine de l'incompétence relative.

D'après la théorie classique, il y a incompétence absolue, si l'on viole une règle de compétence qui détermine les degrés de juridiction. Il y a donc incompétence absolue si l'on saisit un tribunal d'appel d'une affaire de la compétence d'un tribunal de première instance.

Cependant, d'après les conclusions prises par l'avocat général Nicias-Gaillard, lors de l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 2 avril 1850 (1) la jurisprudenee adopte l'incompétence relative. « S'il est, disait ce magis-« trat, une règle essentielle et absolue qui affecte intime-« ment l'ordre des attributions, qui est lui-même d'ordre « public, c'est la règle qui veut que l'on ne saisisse le second « degré de juridiction qu'après avoir épuisé le premier, « qu'on ne porte devant le tribunal d'appel que les affaires « jugées en première instance. Cependant, il est de juris-« prudence qu'une affaire peut être portée *de plano* devant « le tribunal supérieur, qu'il suffit pour tout régulariser du « consentement exprès ou virtuel des parties, manifesté « au cours des débats devant le tribunal d'appel, soit même « d'avance ».

La Chambre civile de la Cour de cassation, qui avait reconnu en 1794 (2), malgré la prohibition portée au décret des 3-8 brumaire an II (24-29 octobre 1793), la possibilité de présenter des demandes nouvelles en appel, a bien, il est vrai, cassé la décision d'un tribunal d'appel régulièrement saisi, mais qui avait statué sur des points non débattus devant le premier juge et cela bien que l'incompétence eût été invoquée pour la première fois dans le pourvoi (3). Mais

(1) S., 1850, I, 420.

(2) Cass. civ., 15 messidor an II, D. R., V° degrés de juridiction, n° 495, note 1, tome XV, p. 234.

(3) Cass. civ., 9 mars 1831, S., 1831, I, 137.

cette dernière décision paraît avoir été motivée par les circonstances où la nouvelle demande avait été introduite ; l'espèce était la suivante : les douanes avaient saisi des marchandises dont l'introduction à la Martinique était prohibée ; devant le Tribunal, un sieur Havas s'était présenté et avait déclaré que les marchandises étaient destinées à l'Entrepôt. En conséquence le Tribunal avait annulé la saisie. Sur appel au Conseil privé, les Douanes avaient conclu à l'infirmation du jugement de première instance et à la validité de la saisie. Au jour fixé pour le prononcé du jugement, le contrôleur colonial avait relevé la nullité de la francisation de la goëlette qui était restée la propriété d'étrangers, le sieur Havas n'étant qu'un prête-nom, et obtenu la condamnation de ce dernier de ce chef et la validité de la saisie. La demande nouvelle n'ayant été formulée que dans des conclusions déposées à l'audience à laquelle la décision d'appel avait été rendue, la Cour de cassation n'a vraisemblablement pas cru devoir admettre que le défendeur eût tacitement renoncé à se prévaloir de l'incompétence.

Mais elle est revenue depuis à sa jurisprudence de 1794 qu'elle a toujours maintenue par la suite, malgré les termes impératifs de l'article 464 du Code de procédure civile (1).

On a voulu parfois considérer l'arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 12 mars 1889 (2) comme marquant un revirement de la jurisprudence. Cette manière de voir ne peut être, à notre avis, que le résultat d'une illusion. Si dans cet arrêt la Chambre civile s'est prononcée pour l'incompétence absolue, c'est qu'il y avait suppression

(1) Cass. civ., 23 fév. 1835, S., 1835, I, 305. — 3 janv. et 24 déc. 1844, S., 1844, I, 106 et 1845, I, 137. — 5 mai 1886, Pand., 1886, I, 219. S., 1886, I, 311.

(2) Cass. civ., 12 mars 1889. S., 1891, I, 513. — D., 1889, I, 177. — Pand., 1889, I, 240, *Gaz. Pal.*, 1889, I, 562.

absolue du premier degré de juridiction, le tribunal d'appel ayant été saisi *de plano*.

S'il est, dit la Cour, loisible aux parties de déférer à une juridiction régulièrement saisie par la voie de l'appel, le jugement de questions sur lesquelles la juridiction de première instance n'a pas statué, il ne peut dépendre d'elles de supprimer absolument le premier degré de juridiction et de saisir directement de l'action un tribunal qui ne doit en connaître qu'à suite d'appel; en ce cas les juges du second degré sont tenus, en vertu de l'article 170 du Code de procédure civile et nonobstant l'accord des parties, de se déclarer incompétents et de renvoyer la cause devant la juridiction compétente.

La jurisprudence s'était déjà prononcée antérieurement dans ce sens : c'est ainsi que le 26 mai 1811 (1), la Cour de cassation avait cru devoir appliquer l'article 170 du Code de procédure civile dans une espèce où, sans doute, les parties étaient bien venues régulièrement devant la Cour d'appel, mais où l'affaire dont était appel étant terminée, un nouveau procès (appel en garantie) avait été introduit devant le juge du second degré, sans avoir subi le premier degré de juridiction.

Plus tard, la Cour de Rennes (2) avait refusé d'accueillir l'attribution de juridiction qui avait été proposée par un appelant, considérant que la loi avait établi comme l'une des premières règles de l'ordre judiciaire, deux degrés de juridiction dans les affaires civiles dont les tribunaux de première instance ne sont pas appelés à connaître en dernier ressort, et que suivant les lois des 1er mai et

(1) Cass. civ., 26 mai 1811, Merlin, rep. de jurisprudence. Vo tribunal d'appel, § 3, quest. I, tome VIII, p. 54.

(2) Rennes, 14 janv. 1833, D. R., Vo degré de jurid., no 510, note 3, tome XV, p. 238.

24 août 1790 il n'était permis de porter aucune atteinte à ce principe; dans l'espèce, l'une des parties avait proposé d'attribuer en premier et dernier ressort à la Cour, la connaissance du règlement d'un compte qui existait entre elle et l'autre partie.

La Cour de Rennes avait déjà antérieurement admis (1) l'incompétence absolue dans une hypothèse où les parties avaient saisi *de plano* le tribunal d'arrondissement d'une affaire de la compétence du juge de paix.

La jurisprudence s'est encore prononcée dans le même sens, postérieurement à 1889, non seulement pour une affaire de la compétence du juge de paix portée *de plano* au tribunal d'arrondissement (2), mais aussi pour une affaire de la compétence du tribunal d'arrondissement portée *de plano* à la Cour (3).

Mais dans son arrêt de 1889, comme dans les arrêts postérieurs rendus dans des hypothèses analogues, la Chambre civile a expressément reconnu aux parties le droit de déférer des demandes nouvelles aux tribunaux d'appel (4) et elle a, même par la suite, toujours admis l'incompétence relative, dans les espèces de ce genre (5).

La Chambre des requêtes décide aussi que les juges d'appel saisis de demandes nouvelles n'ont pas à se dessai-

(1) Rennes, 25 mars 1820, D. R., V° act. possessoire, n° 593, note 3, p. 196.

(2) Cass. civ., 16 mai 1900, S., 1901, I, 283, Pand., 1901, I, 30. — 29 nov. 1904, S., 1905, I, 96, D., 1905, I, 252, Pand., 1905, I, 138, *Gaz. trib.* 1905 (premier sem.), I, 149. — 31 oct. 1910, S., 1911, I, 139, D., 1911, I, 342. — Civ. Seine, 9 décem. 1912, D., 1913, I, 139.

(3) Nancy, 1er avril 1909, D., 1910, 2, 210.

(4) Arrêts des 12 mars 1889, 16 mai 1900, 29 nov. 1904, 31 oct. 1910, cités ci-dessus et p. 40.

(5) Cass. civ., 25 fév. 1895, D., 1895, I, 369. — 29 mai 1902, D., 1903, I, 100. — 18 fév. 1914, D., 1914, I, 80, *Gaz. Pal.*, 1914, I, 380.

sir d'office (1) ; elle reconnaît aux parties le droit de s'accorder pour leur déférer la connaissance de demandes de ce genre et leur refuse celui de se prévaloir pour la première fois en cassation du moyen tiré de la nouveauté de la demande (2).

La Cour de Chambéry s'est prononcée également dans le sens de la Cour de cassation, par un arrêt du 30 mars 1870 (3) ; plus récemment au contraire la Cour de Lyon a jugé qu'une demande qui n'avait pas été examinée en première instance ne pouvait être formulée en appel ; en vain allèguerait-on l'accord des parties ; la règle des deux degrés de juridiction est une règle d'ordre public ; il n'appartient pas plus aux parties de s'en affranchir qu'aux juges de ne pas s'y soumettre ; une demande telle que celle soumise à la Cour doit être repoussée (4).

La jurisprudence se prononce encore pour l'incompétence relative lorsque le tribunal d'appel est saisi d'un jugement par défaut encore susceptible d'opposition, ou même frappé d'opposition du moment que c'est le défendeur défaillant qui lui a même fait appel (5).

En cas d'intervention d'un tiers en appel, la jurisprudence distingue également selon que l'intervention peut être considérée comme une demande nouvelle, ou apparaît comme une véritable affaire nouvelle.

(1) Cass. req., 7 juin 1904, Pand., 1905, I, 147.

(2) Cass. req., 1er déc. 1841, S., 1842, I, 224. — 19 nov. 1861, S., 1862, I, 145, 11 mai 1868, S., 1868, I, 432. — 14 déc. 1868, S., 1869. I, 312. — 13 juil. 1875, D., 1876, I, 118, S., 1875 ; I, 466. — 20 mai et 18 nov. 1878, S., 78, I, 461 et 1881, I, 70. — 14 nov. 1881, S., 1883, I, 303. — 24 juil. 1883, S., 1885, I, 119. — 14 fév. 1888 ; S., 1890, I, 477. — 11 déc. 1888, S., 1889, I, 80. — 8 mai 1899, D., 1899, I, 436. — 19 déc. 1908, D., 1909, I, 399. — 4 nov. 1912, D., 1912, I, 54.

(3) S., 1871, 2, 25.

(4) Lyon, 16 mars 1893, D., 1894, 2, 376.

(5) Cass. req., 13 mars 1828, S., 1828, I, 237 et 27 avr. 1840, S., 1840, I, 507.

Lorsque les tiers sont intéressés à la contestation pendante devant le tribunal d'appel, ils peuvent renoncer à la garantie du double degré de juridiction et consentir à plaider seulement devant le second degré. Leur renonciation, couvre le vice d'incompétence ; en particulier s'ils plaident devant le tribunal d'appel sans se prévaloir de l'incompétence, ils sont présumés avoir accepté tacitement la juridiction du tribunal d'appel. Ils ne peuvent donc se plaindre de la suppression du premier degré de juridiction et ne sont pas recevables à se prévaloir ensuite de l'incompétence ni à l'invoquer en Cour de cassation (1). En effet du moment qu'aucune fin de non recevoir n'est opposée à l'intervention, la décision de la Cour est à l'abri de toute censure (2) ; il y a analogie entre cette hypothèse et celle d'une demande nouvelle.

Si au contraire une demande est formée en cause d'appel contre un tiers non partie en première instance, il y a véritablement une instance nouvelle portée *de plano* devant le tribunal d'appel et dont il ne peut connaître (3).

La jurisprudence s'est montrée plus hésitante sur la recevabilité en appel des demandes en garantie.

Quelques arrêts ont d'abord reconnu que l'on pouvait appeler un tiers en garantie devant une juridiction du second degré, toutes les fois que la garantie était posté-

(1) Cass. req., 18 août 1818, S , 1819, 1, 33. — 26 juin 1826, D. R., V° degrés de juridiction, n° 627. — 18 fév. 1834, D., 1834, 1, 126. — 24 déc. 1838, S., 1839, 1, 60. — 21 mars 1855, D., 1855, I, 134. — Garsonnet et Cesar Bru, *Traité théor. et prat. de proc. civ.*, tome VI, n° 180, page 351.

(2) Cass. req., 5 déc. 1810, D. R., V° degrés de juridiction, n° 497, note 4.

(3) Pau, 24 janv. 1887, D., 1888, 2, 278. — Cass. req., 3 nov. 1896, D., 1897, 1, 323. — Cass. civ., 28 Déc. 1904, Pand., 1905, 1, 157. — Orléans, 8 mars 1905, Pand., 1905, 2, 254.

rieure au jugement de première instance (1), d'autres qu'une action en garantie pouvait être formée pour la première fois en appel par l'une des parties à l'instance d'appel contre une autre partie : il ne s'agit le plus souvent alors que d'une suite de la demande principale qui est une défense à cette demande, hypothèse qui rentre dans les termes mêmes de l'article 464 du Code de précédure civile (2).

La Cour de Poitiers enfin a jugé qu'un plaideur poursuivi en paiement de frais d'appel par son avoué pouvait assigner *de plano* un tiers en garantie devant le tribunal d'appel, l'article 60 donnant compétence à ce dernier en premier et dernier ressort et l'article 181 imposant au garant la juridiction où la demande originaire est pendante (3).

Sur ces trois points il n'existe pas à notre connaissance de décisions rendues en sens contraire. Les hésitations se sont produites surtout dans l'hypothèse la plus pratique, celle où une partie après avoir plaidé en première instance, assigne en garantie devant le tribunal d'appel un tiers non partie au procès, la cause de la garantie étant d'ailleurs antérieure à l'instance engagée devant le juge du premier degré. En 1818, la cour de Trèves a admis une telle demande, jugeant que la loi nouvelle ne faisait que repro-

(1) Cass. req., 4 ventôse, an XI, S., an XI, 1. 179. — Bruxelles, 31 mai 1809, S., 10, 2, 53.

(2) Cass. req., 24 janv. 1828, 1., 1829, S., 166. — 9 déc. 1829, S., 1830, 1, 8, D. R., V° demande nouvelle n° 462. — Cass. civ., 20 juin 1876, D., 1877, I, 378. — Paris, 15 janv. 1831 ; S., 1831, 2, 269. — Si l'on considère au contraire la demande en garantie comme une action principale, nouvelle par suite, cette action ne peut-être reçue que si le garant renonce au premier degré de juridiction (Paris, 30 janv. 1872, D., 1872, 2, 104).

(3) Poitiers, 18 avril 1883, D., 1884, 2, 30.

duire l'article 8 du titre 8 de l'ordonnance d'avril 1667 (1). Cet arrêt n'est d'ailleurs pas décisif et l'on a très justement fait remarquer que si l'article 181 reproduit l'un des articles de l'ordonnanee de 1667, il existe également au Code de procédure civile un texte qui prohibe les demandes nouvelles, et que l'ordonnance de 1667 ne contenait pas.

La Cour de cassation avait d'abord jugé que l'action en garantie ne pouvait être reçue en appel (2), puis décidé que le garant qui concluait au fond devant le juge d'appel ne pouvait être recevable à critiquer une décision qu'il avait lui-même provoquée, alors que d'autre part il pouvait renoncer à la garantie du double degré de juridiction (3).

A partir de 1831 elle semble revenir à sa première jurisprudence qu'elle a toujours maintenue par la suite (4).

En résumé, la jurisprudence fait une distinction entre l'hypothèse où le tribunal est saisi *de plano* et celle où les parties amenées régulièrement devant lui, lui défèrent la connaissance de points non débattus ou de procès partiellement examinés en première instance. L'incompétence, absolue dans le premier cas, est relative dans le second.

La jurisprudence justifie d'ailleurs très mal ses solutions : elle s'appuie pour admettre l'incompétence relative sur le fait que, si la règle du double degré de juridiction est

(1) Trèves, 16 juil. 1810, D. R., V° degrés de juridiction n° 630, note 2.

(2) Cass. req., 20 germinal an XIII. Cass. civ., 7 messidor an XII, S. 20, 1, 460 et an XII, 2, 721. Cass. civ., 26 mars 1811 (résolu implicit.), Merlin, quest. de droit, V° trib. d'appel, § 3, quest. 1, tome VIII, p. 546. Cass. req., 11 fév. 1819. S., 1819, 1, 305.

(3) Cass. req., 16 juin 1824 et 20 juil. 1830, S., 1824, 1, 34 et 1830, 1, 245.

(4) Cass. req., 31 janv. 1831, D. R., V° degrés de juridiction, n° 633. — Cass. civ., 18 fév. 1834, S., 1834, 1, 168. — 11 fév. 1840, S., 1840, 1, 310, 24 juin 1845, S., 1845, 1, 749. — 31 juil. 1862, D., 1862, 1, 375. — Paris, 14 avril 1883, D., 1884, 2, 122.

d'ordre public, c'est en ce sens que nul ne peut être privé malgré lui, mais c'est une règle introduite dans l'intérêt des parties, c'est une garantie dont les plaideurs peuvent d'un commun accord ne pas se prévaloir (1). La fin de non recevoir tirée de l'article 464, qui prohibe les demandes nouvelles, ne peut donc être considérée comme d'ordre public (2).

Mais si les parties demeurent libres de renoncer à la garantie du double degré de juridiction, elles ne peuvent supprimer absolument le premier degré. L'incompétence est alors d'ordre public. Pourquoi ? La jurisprudence se contente généralement de l'affirmer sans le justifier. Si elle tente une justification, c'est d'ailleurs le plus souvent pour se mettre en contradiction avec elle-même : c'est ainsi que la Cour de Rennes (3) justifie l'incompétence absolue en disant que la loi a établi comme l'une des premières règles de l'ordre judiciaire deux degrés de juridiction dans les affaires civiles et qu'il y a là un principe auquel il n'est permis de porter aucune atteinte. La Chambre civile et la Cour de Paris (4) invoquent d'autre part l'article 464 du C. p. c. qui interdit les demandes nouvelles ! Mais alors si ces arguments sont vrais, le tribunal d'appel doit être radicalement incompétent et c'est ce qu'a jugé en 1893 la Cour d'appel de Lyon (5). Cependant telle n'est pas généralement la solution de la jurisprudence.

La jurisprudence s'est efforcée d'étendre également le

(1) Chambéry, 30 mars 1870, S., 1871, 2, 25. — Cass. req., 27 avril 1840, S., 1840, 1, 507. — 13 juillet 1875, D., 1876, 1, 118.

(2) Cass. req., 7 juin 1904. — Pand., 1905, 1, 147. — 18 février 1914, D. 1914, 1, 80.

(3) Rennes, 14 janv. 1833, D. R., V° degrés de juridiction n° 510, note 3.

(4) Paris, 14 avril 1883, D., 1884, 2, 123. — Cass. civ., 28 déc. 1904, Pand., 1905, 1, 157.

(5) Lyon, 16 mars 1893, D., 1894, 2, 376.

domaine de l'incompétence relative dans des hypothèses où les textes du Code imposaient cependant l'incompétence absolue.

C'est ainsi que l'incompétence du tribunal d'arrondissement saisi d'un litige commercial qui, logiquement, devrait être considérée comme absolue, est, d'après ses décisions, une incompétence que le tribunal d'arrondissement n'est pas tenu de prononcer d'office, que les parties ne peuvent invoquer pour la première fois en appel ou en cassation et à laquelle elles demeurent libres de renoncer, soit expressément, soit tacitement, le demandeur en saisissant le tribunal incompétent, le défendeur en ne demandant pas son renvoi *in limine litis*. En d'autres termes c'est pour la jurisprudence une incompétence relative (1).

La Cour de Colmar a même décidé à deux reprises que le tribunal d'arrondissement ne pouvait se déclarer incompétent du moment que sa juridiction n'avait pas été déclinée (2).

(1) Cass. civ., 10 juil. 1816, S., 1816, 1, 334. — Cass. req., 24 avril 1834, D., 1834, 1, 209. — 9 janv. 1838, S., 1838, 1, 746. — 18 mars 1839, S., 1839, 1, 508. — 11 juin 1847, D., 47, 4, 239. — 20 nov. 1848, S., 1849, 1, 130. — 15 mai 1876, D., 1876, 1, 376. — 17 juin 1884, D., 1885, 1, 392. — S., 1886, 1, 407. — Trèves, 3 août 1809. — D. R., V° Désistement, n° 87, note 2. — Caen, 23 juil. 1827, S., 1830, 2, 231. — Colmar, 6 août 1827, S., 1828, 2, 75. — Bordeaux, 1er février 1831 et 7 avril 1832, S., 1831, 2, 139, D., 1832, 2, 122. — Bourges, 11 juin 1831, S., 1832, 2, 36. — Bastia, 10 août 1831, S., 1833, 2, 87. — Limoges, 10 déc. 1840, D., 1841, 2, 238. — Orléans, 25 juin 1850, S., 1851, 2, 13. — Douai, 11 juin 1868, D., 1869, 2, 18. — Alger, 30 déc. 1870, S., 1871, 2, 168. — Lyon, 22 fév. 1872, S., 1873, 2, 292. — Poitiers, 20 juin 1883, D., 1884, 2, 128. — Civ. Rouen, 6 mars 1886 et Rouen, 8 mai 1886, S., 1886, 2, 237. — Civ. Amiens, 19 juin 1902, Pand., 1902, 2, 134. — Toulouse, 11 janv. 1892, Pand., 1892, 2, 344. — Com. Seine, 7 déc. 1895, *Gaz. Pal.*, 1899, 2, 143. — Nancy, 28 fév. 1899, *Gaz. Pal.*, 1899, 2, 143. — Rennes, 24 juil. 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, 2, 359.

(2) Colmar, 23 nov. 1815, D. R., V° comp. des trib. civ. d'arrondissements n° 226, note 3 et Colmar, 6 août 1826, S., 1828, 2, 75.

Mais ces décisions paraissent être restées isolées ; la jurisprudence reconnaît généralement que le tribunal incompétent dont les parties prorogent la compétence n'est pas tenu d'accepter la prorogation qui lui est offerte.

Le principal argument mis en avant par la jurisprudence pour justifier ces décisions n'est d'ailleurs que la reproduction de celui que, avant la Révolution, les tribunaux de droit commun invoquaient pour retenir par devers eux les causes commerciales.

A la fin de 1800, en effet, la Cour de Bruxelles, saisie de la question, décide que même sous l'empire de la loi de 1790, les tribunaux civils sont investis de la plénitude de juridiction (1). Cette idée est reprise par un assez grand nombre d'arrêts postérieurs émanant de différentes Cours d'appel (2) ; elle est adoptée par les tribunaux de commerce (3). La Cour de cassation, qui, du reste, ne paraît pas s'être souvent prononcée sur la question, sans doute en raison de cette unanimité de la jurisprudence à considérer l'incompétence comme relative, reconnaît également aux tribunaux de droit commun la plénitude de juridiction : la loi, déclare-t-elle le 15 mai 1876 (4), n'a attribué les affaires commerciales à un tribunal spécial que par priorité et non exclusivement à la juridiction de droit commun.

En instituant des tribunaux de district qui connaîtraient en première instance de toutes les affaires personnelles, réelles ou mixtes des tribunaux de commerce et des juges

(1) Bruxelles, 28 nov. 1808, D. R., V° comp. civ. des tribunaux d'arrondis., n° 219, note 1, 1e espèce.

(2) Caen, 23 juil. 1827, S.,1830, 2, 231. — Limoges, 13 août 1840, S., 1841, 2, 14. — Toulouse, 11 janv. 1892, Pand., 1892, 2, 344. — Nancy, 28 fév. 1899, *Gaz. Pal.*, 1899 ; 2, 143. — Civ. Amiens, 19 juin 1902, Pand., 1902, 2, 134.

(3) Com. Saint-Etienne, 21 déc. 1904, *Gaz. Trib.*, 1905 (1er semest.), 2, 248.

(4) Cass. req., 15 mai 1876, D., 1876, 1, 376.

de paix, dit-elle d'autre part le 19 février 1894 (1), la loi des 16-24 août 1790, n'a pas interdit aux parties de soumettre aux tribunaux auxquels elle attribuait la plénitude de juridiction, les affaires qu'elles pourraient porter devant les tribunaux d'exception.

La jurisprudence se contente d'ailleurs d'affirmer qu'aujourd'hui encore les juridictions de droit commun ont conservé la plénitude de juridiction, vis à vis des juridictions d'exception, sans justifier autrement cette affirmation : « On est étonné, écrit M. Delor dans sa thèse sur les proro-« gations de juridiction, à la lecture des arrêts de cons-« tater que le jurisprudence s'est décidée sans examiner le « fond du débat. Elle procède par affirmation, et l'impro-« priété même des expressions révèle un parti pris mani-« feste (2). »

Quelques décisions, cependant, cherchent ailleurs des arguments plus solides en faveur de l'incompétence relative. Certaines d'entre elles, s'appuient sur l'idée que les tribunaux de commerce n'ont été institués qu'en faveur des commerçants, pour leur donner l'avantage d'être jugés par leurs pairs. Si donc ceux-ci peuvent user de cet avantage, ils peuvent également y renoncer et rentrer dans la juridiction ordinaire des tribunaux d'arrondissements qui sont leurs juges naturels (3).

D'autres (4), sans aller jusqu'à affirmer la plénitude de juridiction des tribunaux d'arrondissements ont écarté

(1) Cass. req., 19 fév. 1894, S., 1895, 1, 262. — D., 1894, 1, 220.

(2) Delor, *Des prorog. de juridic.*, thèse pages 29 et 30.

(3) Colmar, 23 nov. 1815, D. R., V° comp. des trib. civ. d'arrondis. et d'appel, n° 226, note 3. — Cass. civ., 10 juillet 1816, S., 1816, 1, 334. — Colmar, 6 août 1827, S., 1828, 2, 75. — Cass. req., 24 avril 1834, D., 1834, 1, 209.

(4) Bordeaux, 1er fév. 1831, S., 1831, 2, 139. — Cass. req., 20 nov. 1848, S., 1846, 1, 130.

l'incompétence absolue parce que, les affaires commerciales n'étant que des affaires civiles, l'incompétence des tribunaux d'arrondissements, juges des affaires civiles, ne pouvait être considérée comme étant à raison de la matière. Le législateur a d'ailleurs attribué à ces tribunaux la connaissance des affaires commerciales, dans les ressorts où il n'existe pas de tribunal de commerce (1).

La jurisprudence a écarté encore l'application de l'article 170 du Code de procédure civile, lorsque la Cour d'appel est saisie d'un litige de la compétence du tribunal d'arrondissement porté en première instance devant le tribunal de commerce, bien que dans l'esprit de la théorie classique, telle que nous l'avons exposée au début de cette étude, l'incompétence soit, dans ce cas, *ratione materiæ* et susceptible par suite d'être opposée, en tout état de cause, aussi bien en appel qu'en première instance.

En effet, tout en reconnaissant que le tribunal de commerce est absolument incompétent pour connaître des affaires attribuées aux tribunaux d'arrondissements (2), la jurisprudence admet que la Cour d'appel, peut après avoir infirmé pour incompétence, évoquer l'affaire et statuer au fond (3). Elle pourrait aussi, si les parties n'invoquaient pas l'incompétence, statuer *de plano* sur le fond, sans infirmer ni évoquer. Dans l'un comme dans l'autre cas sa décision serait inattaquable. L'incompétence ne pourrait

(1) Cass. req., 19 fév. 1894, S., 1898, 1, 262. — D., 1894. 1, 220. — Nancy, 28 fév. 1899, *Gaz. Pal.*, 1899, 2, 143.

(2) Aix, 6 août 1829, D., 1829, 2, 184. — Poitiers, 9 fév. 1838, S., 1838, 2, 250. — Nîmes, 27 mai 1851, D., 1854. 2, 43. — Agen, 30 nov. 1852, S., 1852, 2, 121. — Paris, 7 fév. 1870, S., 1871, 2, 149. — Nancy, 3 janv. 1873, D., 1873, 5, 124. — Cass. req., 4 nov. 1885, S., 1888, 1, 459.

(3) Cass. civ., 23 janv. 1811, S., 1811, 1, 134. — Poitiers, 26 août 1828; S., 1829, 2, 58 et 2 avr. 1830, S., 1832, 2, 246. — Cass. Civ., 11 déc. 1861, S., 1862, 1, 507.

par suite être invoquée pour la première fois en cassation (1).

La jurisprudence, continuant ici encore la tradition de l'ancien régime, reconnaît aux Cours d'appel, qui remplacent, dans l'organisation judiciaire moderne, les anciens parlements, la plénitude de juridiction en matière civile et commerciale. Il ne peut donc s'agir d'incompétence *ratione materiæ* et partant d'incompétence absolue (2).

Seul l'arrêt de la Chambre des requêtes de 1877 (3), est réellement contraire à la jurisprudence constante en la matière, et il paraît bien être resté isolé. En effet, si, dans son arrêt du 14 juin 1831, la Chambre civile a cassé la décision de la Cour d'appel, bien que l'incompétence eût été invoquée pour la première fois devant elle, c'est qu'il s'agissait d'une ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale, et que seul le président du tribunal d'arrondissement, à l'exclusion de tout autre magistrat, avait qualité pour rendre cette sentence.

Si, d'autre part, dans l'arrêt de 1880, la Cour suprême a abandonné sa règle de conduite antérieure, du moins a-t-elle évité les inconvénients de la solution qu'elle adoptait, en rejetant le pourvoi. Dans le fond, d'ailleurs, la décision de la Cour était parfaitement juste : la Cour d'appel avait,

(1) Cass. civ., 2 fév. 1841, D., 1841, 1, 105. — Cass. req., 24 janv. 1832, D., 1832, 1, 355. — Cass. civ., 14 août 1882, S., 1883, 1, 145. — Cass. req., 30 avr. 1856, S., 1858, 1, 442. — 13 août 1856, S., 1857, 1, 637. — 20 juin 1870, D., 1870, 1, 335. — 17 fév. 1873, S., 1873, 1, 471. — 19 juin 1876, D., 1877, 5, 49. — Cass. civ., 15 avril 1878, S., 1879, 1, 253. — Cass. civ., 14 août 1883, S., 1883, 1, 145. — Cass. req., 10 fév. 1885, S., 1885, 1, 303. — Cass. civ., 6 août 1889, S., 1890, 1, 400. — Cass. req., 7 avr. 1909, S., 1912, 1, 335.

(2) Cass. req., 13 août 1856, S., 1857, 1, 637. — Cass. civ., 15 avr. 1878, S., 1879, 1, 253. — 14 août 1882, S., 1883, 1, 148 (1° espèce) 6 août 1889, S., 1890, 1, 400. — Cass. req., 7 avril 1909; S., 1912, 1, 335.

(3) Cass. req., 17 janv. 1877, *Le Droit*, année 1877, n° 13.

en effet, rejeté le déclinatoire proposé par les parties, et, s'étant approprié le vice d'incompétence qui affectait la décision du tribunal de commerce, en reconnaissant la compétence de celui-ci, elle autorisait les parties à reprendre en cassation le moyen tiré de l'incompétence que la Cour avait rejeté comme mal fondé ; et, si la Cour a néanmoins cru devoir affirmer contrairement à sa jurisprudence antérieure que, l'incompétence n'ayant pas été opposée d'office par la Cour d'appel, cette dernière n'avait pas agi dans la plénitude de sa juridiction et n'avait pu couvrir le vice d'incompétence, c'est vraisemblablement par inadvertance. On ne peut en tout cas y voir un revirement de jurisprudence puisque ultérieurement, la Chambre civile a confirmé à nouveau sa jurisprudence constante en la matière par ses arrêts des 14 août 1882 (S., 1883, I. 148) & 6 août 1889 (S , 1890, I. 400).

Entre tribunaux d'arrondissement et juges de paix, la jurisprudence s'est montrce plus hésitante à écarter l'application de l'article 170. Elle paraît encore divisée sur cette question à l'heure actuelle. Il y a, en effet, dans ce cas non seulement un tribunal de droit commun saisi d'une affaire de la compétence d'un tribunal d'exception, mais un tribunal d'appel saisi d'une affaire de la compétence d'un tribunal de première instance.

Elle paraît s'être d'abord prononcée pour l'application à cette hypothèse de l'article 170, c'est-à-dire pour l'incompétence absolue. Le Code de procédure a, en effet, attribué exclusivement au juge de paix la connaissance en premier ressort des actions possessoires et en appel seulement aux tribunaux d'arrondissement ; la Cour de Rennes juge donc en 1820 (1) que les parties ne peuvent, sans blesser toutes les règles de compétence, sans intervertir l'ordre des juri-

(1) Rennes, 25 mars 1820, D. R., V° act. poss. n° 593, note 3.

dictions, sans transformer les juges d'appel en juges de première instance, saisir le tribunal d'arrondissement ; ce dernier doit se déclarer d'office incompétent.

Quelques années plus tard la chambre civile de la Cour de cassation (1) décide que l'incompétence du tribunal d'arrondissement n'a pu être couverte par le silence des parties devant lui, parce qu'il s'agit dans l'espèce d'une incompétence *ratione materiæ*, qui peut être proposée en tout état de cause, même en appel, et qui doit être accueillie par le juge, toutes les fois qu'il en reconnaît l'existence.

En 1833 enfin la Cour de Paris (2) reconnaît également au tribunal d'arrondissement saisi d'une affaire de la compétence du juge de paix l'obligation de se déssaisir d'office.

Mais à partir de cette époque, une partie de la jurisprudence cherche à faire prévaloir l'idée de l'incompétence relative des tribunaux d'arrondissement, pour les affaires de la compétence du juge de paix.

En 1837 la Cour de Douai et la Cour de Nancy (3), dans un arrêt longuement motivé, jugent que l'incompétence doit se couvrir par le silence des parties. La Cour de Nancy appuie sa décision sur le fait que l'attribution de juridiction faite au juge de paix a eu pour objet principal de favoriser l'intérêt des justiciables, en leur procurant le moyen d'obtenir avec plus de promptitude et à moins de frais le jugement de leurs contestations, et que si, sans doute, la satisfaction de cet intérêt personnel importe aussi à l'ordre public, celui-ci n'est pas plus intéressé que dans la dévolution des matières commerciales aux juges consulaires. Or, il est de jurisprudence constante que la dévolution de ces matières, à la juridiction consulaire, n'a pas anéanti, en ce qui les

(1) Cass. civ., 28 juin 1825, S., 1826, 1, 238, D., 1825, 1, 350.
(2) Paris, 16 août 1833, S., 1834, 2, 136.
(3) Douai, 10 juin 1837 et Nancy 5 juillet 1837, S., 1838, 2, 466.

concerne, la juridiction des tribunaux d'arrondissement ; celle-ci, simplement compromise ou suspendue, peut être rendue à son libre cours à leur égard, par l'effet du consentement des justiciables.

Puis en 1840 la Cour d'Orléans (1) et en 1842 la Cour de Bordeaux (2) décident que les parties qui ont acquiescé au jugement du tribunal d'arrondissement rendu en matière de justice de paix ne peuvent l'attaquer en appel sous prétexte d'incompétence. L'incompétence à raison de la matière, d'après la Cour d'Orléans, peut être invoquée si l'objet de la contestation est étranger au pouvoir du juge ou s'il n'est enlevé à sa juridiction que par exception, pour être confié à un magistrat occupant un autre degré, mais dans la même hiérarchie de pouvoir. Dans le premier cas, le juge n'ayant aucun germe de juridiction pour juger la question qui lui est soumise, violerait l'ordre public, s'il conservait la connaissance de la cause, et rendrait une décision sans force, que le consentement même des parties ne saurait rendre valable, et qu'il serait possible d'attaquer en tout état de cause pour incompétence, aux termes de l'article 170 du Code de procédure civile. Dans le second cas au contraire, le juge a le germe de pouvoir et l'autorité nécessaires pour connaître de la matière et, n'en ayant été dépouillé que par une exception établie en faveur des parties, celles-ci ont toujours le droit d'y renoncer et le juge celui de prononcer, s'il n'a pas lui-même, refusé cette prorogation volontaire de juridiction en déclarant d'office son incompétence.

Cette jurisprudence a été suivie depuis, en 1859 par la Cour de Paris (3) qui déclare que dans l'espèce il s'agit d'une

(1) 14 mars 1840, D. R., V° compétence civ. des trib. d'arrondis. n° 218, note 2, 3° espèce.

(2) Bordeaux, 3 déc. 1842, D., 1842, 2, 169.

(3) Paris, 4 août, 1859, D., 1861, 1, 197.

incompétence relative couverte par le silence des parties, et qui se prononce encore dans le même sens le 4 juillet 1873 (1), en 1877 par la Cour d'appel de Lyon (2) qui s'appuie, comme jadis la Cour de Nancy, sur le fait que l'attribution de juridiction au juge de paix des matières de sa compétence a été faite en faveur des parties ; en 1888 par la cour de Grenoble (3) et l'année suivante par la Cour de Bordeaux (4), qui ne voit dans l'espèce qu'une incompétence relative.

Elle a été adoptée également par la Chambre des requêtes, qui s'est déjà prononcée pour l'incompétence relative, par un arrêt du 13 novembre 1860 (5) et a maintenu sa jurisprudence par un arrêt du 19 février 1894 (6).

Elle légitime cette dernière décision par les motifs ci-après : attendu qu'en instituant des tribunaux de districts qui connaîtraient en première instance de toutes les affaires personnelles, réelles ou mixtes, des tribunaux de commerce et des juges de paix, la loi des 16-24 août 1790 n'a point interdit aux parties de soumettre aux tribunaux auxquels elle attribuait la plénitude de juridiction les affaires qu'elles pourraient porter devant les tribunaux d'exception ; qu'elle devait d'autant moins le faire que..... l'article 7 du code de procédure civile devant permettre plus tard aux parties : de proroger la juridiction du juge de paix jusqu'à la somme la plus élevée, on ne s'expliquerait pas que ces mêmes parties ne pussent soumettre au juge de première instance un litige relevant de la compétence du juge de paix ; que l'incompé-

(1) Paris, 4 juil. 1873, D., 1874, 5, 241, n° 5.
(2) Lyon, 5 juil. 1877, D., 1878, 5, 252.
(3) Grenoble, 9 janv. 1888. *Gaz. Pal.*, 1888, supp. 1, 123.
(4) Bordeaux, 17 juil. 1889, D., 1890, 2, 142. *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 497.
(5) S., 1851, 1, 855.
(6) S., 1898, 1, 262, D., 1894, 1, 220.

tence à raison de la matière n'existe que lorsqu'un tribunal est saisi d'une contestation qui, par sa nature, est en dehors de ses attributions ; que les tribunaux d'exception ayant été établis dans l'intérêt des justiciables et pour des motifs d'ordre privé, l'incompétence des tribunaux d'arrondissement pour les affaires qui sont dévolues aux tribunaux d'exception, n'est qu'une incompétence relative.

Cependant une partie de la jurisprudence, et la chambre civile de la cour de cassation en particulier, avait persisté à considérer l'incompétence du tribunal d'arrondissement comme absolue.

C'est ainsi qu'en 1839 la Cour de Rouen (1) confirme la décision d'un tribunal d'arrondissement qui s'est déclaré d'office incompétent en matière de justice de paix, et que deux ans après la chambre civile de la cour de cassation (2), saisie à nouveau de la question, juge que les juridictions sont d'ordre public et que c'est la loi elle-même qui les détermine dans l'intérêt général ; que les juges de paix ont la plénitude de juridiction dans les matières qui leur sont spécialement attribuées et qu'il ne peut dépendre de la volonté ou du consentement des parties de transférer à la juridiction d'un autre ordre la portion de pouvoir que la loi confie au juge de paix..., qu'il s'agit d'une incompétence qui peut être invoquée en tout état de cause et même prononcée d'office.

En 1862 la Cour de Bastia (3) et en 1868 la Cour de Besançon (4) se prononcent également pour l'incompétence absolue.

En 1891 le tribunal civil de Marmande rejetant à la fois

(1) Rouen, 9 août 1839, D., 1840, 2, 51.
(2) Cass. civ. 16 mars 1841, S., 1841, 1, 196.
(3) Bastia, 3 janv. 1862, S., 1862, 2, 532.
(4) Besançon, 10 mars 1868, D., 1868, 2, 131.

l'une et l'autre opinion, adopte une troisième solution : il avait été saisi d'un litige de la compétence du juge de paix, l'instance avait été régulièrement engagée devant lui et une expertise avait été ordonnée ; c'est à la suite de cette expertise que le défendeur avait soulevé l'incompétence. Saisi de son déclinatoire le tribunal civil de Marmande décide que, si le tribunal d'arrondissement, qui a la plénitude de juridiction, peut connaître des difficultés qui doivent être soumises au juge de paix, il ne saurait statuer au fond, lorsque l'exception d'incompétence est soulevée par les parties, ce qui pourrait avoir pour effet de les priver d'un degré de juridiction. Il reconnaissait donc implicitement que, malgré sa plénitude de juridiction, son incompétence pouvait être soulevée en tout état de cause par les parties. Sa décision fût, en appel, confirmée purement et simplement par la Cour d'Agen (1).

Cet essai d'une nouvelle théorie, dans laquelle on tenait compte du double caractère du tribunal d'arrondissement vis à vis du juge de paix, ne fut pas suivie et demeura isolée.

Une partie de la jurisprudence persista à considérer l'incompétence comme relative, soit en vertu de l'idée que les tribunaux d'arrondissement ont la plénitude de juridiction, soit parce que l'attribution de juridiction faite au juge de paix ne l'a été que dans l'intérêt des parties.

Plusieurs décisions ont été rendues en ce sens soit par des tribunaux d'arrondissement, soit par des Cours d'appel (2).

(1) Civ. Marmande, 19 nov. 1890, et Agen, 8 juil. 1891, *Gaz. Pal.*, 1898, 1, 30.

(2) Civ. Tours, 18 juin 1902. — Paris, 6 mai 1902, *Gaz. trib.*, 1902, (2e sem.) 4, 49. — Rouen, 7 juil. 1906, D., 1908, 5, 18.— Civ. Seine, 25 mars 1908, *Gaz. trib.*, 1909, (1er sem.) 2, 90. — Civ. Toulouse.

La Chambre civile au contraire continue à considérer l'incompétence comme absolue. Dans l'arrêt du 5 novembre 1889 (1), elle abandonnait d'ailleurs ses arguments antérieurs, et, faisant revivre l'argument qui avait décidé jadis la Cour de Bruxelles à se prononcer pour l'incompétence absolue, elle motivait sa décision par le fait que, s'il était permis aux parties de consentir à ce qu'une demande nouvelle fût portée devant le tribunal d'appel, il ne pouvait leur appartenir de supprimer absolument le premier degré de juridiction et de saisir *de plano* un tribunal d'appel d'une affaire de première instance, en l'espèce le tribunal d'arrondissement d'une affaire de justice de paix. Depuis la chambre civile s'est prononcée à maintes reprises dans le même sens (2).

Entre temps l'incompétence absolue avait été adoptée également par les Cours d'appel de Pau et de Grenoble (3).

En 1906 enfin la Chambre des requêtes abandonnant sa jurisprudence antérieure s'est ralliée à celle de la chambre civile ; elle a décidé le 13 février que le consentement des parties à voir juger une affaire de justice de paix par un tribunal d'arrondissement n'était pas valable ; que le tribunal devrait les renvoyer d'office ; que si cependant il statuait..... l'appel était recevable et que la Cour devait constatait l'excès de pouvoir (4). Cette solution a été

16 juin 1908, *Gaz. trib.*, 1909, (1° sem.) 2, 86. — Dijon, 17 nov. 1908, D., 1910, 2, 302 et 29 déc. 1909, D., 1910, 2, 295, S., 1911, 2, 76.

(1) Cass. civ., 5 nov. 1889. — Pand., 1890, 1, 121, *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 567. — Civ. Seine, 25 mars 1893, Pand., 1894, 2, 257. *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 35.

(2) Cass. civ., 16 mai 1900, S., 1901, 1, 284, Pand., 1901, 1, 50, D., 1900, 1, 335, *Gaz. Pal.*, 1900, 2, 5. — 29 nov. 1904, S., 1905, 1, 96, D., 1905, 1, 252, *Gaz. Pal.*, 1904, 2, 622. — 31 oct. 1910, S., 1911, 1, 139, D., 1911, 1, 342, *Gaz. trib.*, 1911 (1° sem.) 1, 111.

(3) Pau, 6 janv. 1893, D., 1894, 2, 89. — Grenoble, 10 mars 1893, D., 1894, 2, 356.

(4) Cass. req., 13 fév. 1906, *Gaz. trib.*, 1906 (2° sem.) 1, 63.

adoptée également la même année par la Cour d'appel de Toulouse (1) et plus récemment par celle de Rouen (2) dans deux arrêts des 4 et 18 novembre 1908, et par le tribunal civil de la Seine dans un jugement du 17 novembre 1913 (3).

Les motifs de l'arrêt de la Cour de Rouen du 18 novembre 1908 étaient les suivants : Attendu que, si les affaires qui ne sont pas dévolues par une disposition particulière à une autre juridiction doivent être portées devant les tribunaux civils d'arrondissement, il n'en résulte pas que la compétence de ces tribunaux puisse être étendue, par la volonté des parties, aux litiges dont la connaissance est expressément attribuée au juge de paix. La juridiction de ces magistrats organisée sur toute l'étendue du territoire, loin de pouvoir être considérée comme un tribunal exceptionnel, constitue, à un degré inférieur à celui où se trouvent placés les tribunaux d'arrondissement, la juridiction normale et la seule juridiction établie par la loi pour le jugement de certaines affaires déterminées à raison de leur nature.

Pour connaître de ces affaires les juges de paix sont compétents *ratione materiæ*, en vertu de règles qui s'imposent aux parties, parce qu'elles assurent la hiérarchie des juridictions et intéressent l'ordre public. En effet, en édictant ces règles, auxquelles aucun texte ne permet de déroger, le législateur n'a pas eu seulement en vue l'intérêt des plaideurs ; il a encore voulu les empêcher d'encombrer les prétoires des tribunaux d'arrondissement de procès peu importants qu'il a entendu faire juger, soit en premier, soit en dernier ressort, par les magistrats cantonaux.

En résumé, si l'on excepte la décision du tribunal civil

(1) Toulouse, 11 juin 1806, *Gaz. trib.*, 1906 (2e sem.) 2, 186.
(2) Rouen, 4 et 18 nov. 1908, S., 1909, 2, 172 et 23.
(3) Civ. Seine, 17 nov. 1913, *Gaz. trib.*, 1913 (2e sem.) 2, 420.

de Marmande confirmée par la Cour d'appel d'Agen, deux solutions se sont fait jour dans la jurisprudence, l'une en faveur de l'incompétence relative, l'autre en faveur de l'incompétence absolue. La première solution a été adoptée principalement par la Chambre des requêtes de la Cour de de cassation (1), par un certain nombre de Cours d'appel, telles que celles de Douai, Nancy, Orléans, Bordeaux, Pau, Paris, Lyon, Rouen et Dijon (2) et par quelques tribunaux d'arrondissement (3).

Mais elle s'est heurtée à une opposition irréductible de la Chambre civile de la Cour de cassation, opposition à laquelle a fini par se rallier la Chambre des requêtes et en présence de laquelle les tentatives faites par certaines Cours d'appel pour faire prévaloir l'idée de l'incompétence relative, semblent devoir échouer définitivement.

La Cour d'appel de Lyon avait en 1867 cherché à faire prévaloir également l'idée que l'incompétence du juge de paix saisi d'une affaire commerciale n'était que relative, en raison de la plénitude de juridiction des tribunaux civils.

La juridiction des juges de paix, disait-elle (4), forme la juridiction de droit commun pour les demandes personnelles et mobilières ne dépassant pas 200 francs; l'in-

(1) Cass. req., 13 nov. 1860, S., 1861, 1, 855. — 19 fév. 1894, S., 1898, 1, 262.

(2) Douai, 10 juin 1837, S., 1838, 2, 467. — Nancy, 5 juillet 1837, S., 1838, 2, 466. — Orléans, 14 mars 1840, D. R., V° comp. civ. des trib. d'ar., n° 218, note 2. — Bordeaux, 3 déc. 1842 et 17 juil. 1889, D., 1842, 2, 169 et 1890, 2, 142. — Pau, 4 août 1859, D., 1861, 1, 197. — Paris, 6 mai 1902, *Gaz. trib.*, 1902 (2e sem.) 4, 49. Lyon, 5 juil. 1877, D., 1878, 5, 252. — Rouen, 7 juillet 1906, D, 1908, 5, 18. — Dijon, 17 nov. 1908 et 29 décembre 1909, D., 1910, 2, 302, et 295.

(3) Civ. Tours, 18 juin 1902, Pand., 1902, 2, 333. — Civ. Toulouse, 15 juin 1908 et civ. Seine, 25 mars 1008, *Gaz. trib.*, 1909, (1er sem.) 2, 86 et 90.

(4) Lyon, 28 déc. 1867, D., 1868, 5, 90, n° 3.

compétence de la juridiction civile pour connaître des contestations commerciales n'est ni absolue ni d'ordre public ; il résulte au contraire d'une jurisprudence considérable que cette incompétence est simplement relative et qu'elle doit être invoquée, sous peine de déchéance, avant toutes autres exceptions ou défenses ; qu'elle ne saurait donc, pour la première fois, être relevée devant les juges d'appel.

La jurisprudence n'a pas cru devoir suivre la Cour de Lyon, dans cette tentative d'extension du domaine de l'incompétence relative. Elle considère l'incompétence du juge de paix comme une incompétence *ratione materiae*, et s'est prononcée fréquemment dans ce sens (1). La raison en est que la justice de paix est une juridiction d'exception (2), et non une juridiction de droit commun comme le disait la Cour d'appel de Lyon.

Plus récemment la jurisprudence semble s'être efforcée de donner une nouvelle extension au domaine de l'incompétence relative, dans deux hypothèses où, logiquement, dans le système de la théorie classique, l'incompétence doit être considérée comme absolue.

En 1894, la Chambre des requêtes a décidé que l'incompétence du juge de paix pour une affaire de la compétence du conseil de prud'hommes n'était que relative : si les juges de paix, dit la Cour, sont incompétents pour connaître des

(1) Cass. civ., 18 août 1882, S., 1882, I, 462. — Cass. req., 14 fév. 1883, D., 1883, I, 190. — Cass. civ., 18 nov. 1890, S., 1892, I, 235. — Angers, 29 nov. 1890, Pand., 1891, II, 150. — Cass. civ., 5 fév. 1896, S., 1896, I, 217, D., 1896, I, 578. — Civ. Seine, 4 fév. 1902, *Gaz. trib.*, 1902 (2e sem ), II, 111. — Paix, Bordeaux (2e cant ), 23 janv. 1906, D., 1907, I, 145. — Paris, 16 avril 1908, *Gaz. trib.*, 1909 (2e sem.), II, 61. — Cass. civ., 12 mars 1009, S., 1910, I, 24. — Civ. Seine, 7 avril 1910, *Gaz. trib.*, 1916 (2e sem.), II, 290. — Civ. Trevoux, 19 janv. 1911, *Gaz. trib.*, 1911 (1er sem.), I, 419. — Cass. req., 21 juil. 1915, S., 1916, I, 14.

(2) Cass. civ., 12 mai 1910, I, 24.

contestations que peut faire naître l'exécution d'un contrat d'apprentissage, dans les cantons où il existe un conseil de prud'hommes, cette incompétence est si peu fondée sur la nature du litige que les lois mêmes qui attribuent au conseil de prud'homme la connaissance de ces contestations, les laissent au juge de paix, dans les cantons où cette juridiction n'existe pas. Aussi l'incompétence du juge de paix en cette matière n'est-elle ni absolue ni d'ordre public, elle n'est que relative, et doit être opposée *in limine litis* (1).

D'autre part, la Cour de Toulouse a jugé il y a quelques années que l'incompétence du tribunal de commerce saisi d'une contestation de la compétence du Conseil de prud'hommes n'était pas absolue, mais simplement relative, parce que, d'une part, les juges de paix connaissent des litiges prud'hommaux dans les villes où il n'existe pas de tribunal de commerce, que d'autre part les tribunaux de commerce connaissent toujours de ces litiges au dessus de 1.000 francs; que par suite cette incompétence ne saurait être soulevée pour la première fois en appel (2). Il s'agissait d'une contestation entre des artistes lyriques et leur directeur et la Cour avait d'abord reconnu, qu'en fait, la cause était de la compétence du tribunal de commerce, les artistes lyriques ne pouvant être considérés comme ouvriers ou employés.

Cet arrêt a été vivement critiqué par M. Japiot dans un article de la *Revue trimestrielle du droit civil*. La solution contraire, fait-il remarquer, paraît universellement admise, le plus souvent par simple prétérition. Il s'agit, en effet, d'une incompétence d'ordre public, parce qu'il y a violation du principe de la limitation de compétence des juridictions d'exceptions.

(1) Cass. req., 28 mars 1894, D., 1895, I, 14. — S., 1894, I, 396. — Pand., 1894, I, 23.

(2) Toulouse, 27 octobre 1913, S., 1914, II, 76.

L'arrêt de la Cour de Toulouse, va chercher bien loin des arguments. Ces arguments sont au nombre de deux, consistent à faire des suppositions et à trancher la question, d'après ce qui se serait passé dans une autre hypothèse que celle envisagée.

Le premier peut se résumer ainsi : si la demande relative à un employé avait été supérieure à 1.000 francs, elle aurait été de la compétence du tribunal de commerce, ce qui revient à dire que la juridiction saisie n'est jamais très incompétente, parce qu'elle aurait pu ne pas l'être du tout. Mais, dans l'hypothèse présente, le tribunal saisi n'en est pas moins incompétent et l'hypothèse n'est pas changée par la possibilité d'une autre hypothèse qui n'est pas réalisée.

L'arrêt ajoute que, si (2e argument) l'on était dans un ressort dépourvu de conseil de prud'hommes, il eût fallu saisir le juge de paix : on ne peut prétendre évidemment que le conseil de prud'hommes eût été compétent, s'il n'avait pas existé, mais on ne voit pas en quoi cela change la compétence du tribunal de commerce. Il semble que l'on soit tout à fait à côté de la question (1).

Il n'en est pas moins vrai que cette décision est un exemple typique de la tendance constante de la jurisprudence à restreindre de plus en plus le domaine de l'incompétence absolue.

La décision de la Cour de Toulouse ne mérite pas d'ailleurs toutes les critiques que lui a adressées M. Japiot.

Son tort a été de s'appuyer, entre autres arguments, sur le fait qu'en l'absence de Conseil de prud'hommes, les parties auraient dû saisir le juge de paix, ce qui ne prouve rien, car le juge de paix statue alors comme Conseil de prud'hommes ; il remplace cette juridiction inexistante et

(1) Japiot, *Revue trimestrielle de droit civil*, année 1915, page 242.

juge suivant la procédure qui est particulière à la juridiction des prud'hommes, absolument comme le tribunal d'arrondissement remplace le tribunal de commerce, dans les ressorts où il n'en existe pas.

D'autre part, il est bien certain que ce n'est pas parce que les litiges entre patrons et employés de plus de 1.000 francs sont de sa compétenee que le tribunal de commerce sera compétent pour les litiges de moins de valeur, bien que le législateur ne lui en eût pas attribué la connaissance ; il est tout aussi incompétent que le tribunal d'arrondissement pour les litiges de la compétence du juge de paix jusqu'à une certaine somme seulement.

Mais on ne peut nier que le tribunal de commerce, bien qu'incompétent, puisse néanmoins juger équitablement le litige, puisqu'il en connaîtrait, si ce litige était de plus de valeur.

C'est cette considération qui a conduit la Cour de Toulouse à refuser aux parties le droit d'invoquer l'incompétence du tribunal de commerce pour la première fois en cause d'appel (1).

Dans quel sens la jurisprudence se fixera-t-elle sur ces deux points, c'est ce que l'avenir dira. La Chambre civile à notre connaissance n'a pas encore été appelée à statuer sur ces deux hypothèses. Seul le tribunal de la Seine (2), saisi de la question de savoir quelle est la nature de l'incompétence du juge de paix pour une affaire de la compétence du conseil de prud'hommes, s'est prononcé pour l'incompétence absolue, par un jugement longuement motivé, d'où il résulte que l'attribution de juridiction faite au Conseil de prud'hommes doit être considérée comme d'ordre public. Peu importe que la loi ait attribué compétence au juge de

(1) Toulouse, 29 octobre 1913, S., 1914, II, 75.
(2) Civ., Seine, 17 février 1913, S., 1913, II, 260.

paix dans les cantons où n'existe pas de Conseil de prud'hommes, puisqu'elle leur impose l'obligation de statuer suivant la procédure usitée devant cette dernière juridiction. Le juge de paix statue alors comme Conseil de prud'hommes, et l'attribution de juridiction faite au juge de paix dans ces conditions, ne peut donner un caractère relatif à son incompétence pour des affaires prud'homales, là où il existe un conseil de prud'hommes.

Ces arguments ne paraissent pas de nature à arrêter la jurisprudence, puisque là où il n'y a pas de tribunal de commerce le tribunal d'arrondissement doit bien juger suivant la procédure commerciale et pourtant la jurisprudence a admis sans hésiter l'incompétence relative. Il est vrai qu'elle ne faisait alors que suivre la tradition créée par la jurisprudence de l'ancien régime.

La jurisprudence, enfin, paraît étendre le domaine de l'incompétence relative à l'hypothèse où une affaire ordinaire est portée devant une chambre de vacation, dont la compétence se restreint aux affaires sommaires, bien que cette hypothèse n'ait été ni prévue par le Code, ni comprise dans celles auxquelles la théorie classique peut s'appliquer (1).

Elle admet également que l'incompétence des tribunaux français pour connaître de contestations entre étrangers n'est qu'une incompétence relative. Les étrangers pouvant saisir un tribunal français de leurs litiges, celui-ci statue valablement parce qu'il s'agit d'une incompétence *ratione personæ*. L'incompétence peut se couvrir par le silence des parties (2).

(1) Cass., 22 janv. 1806, S., 1806, II, 90. — Cass. civ., 19 avril 1820, S., 1820, I, 333. — Caen, 17 janv. 1901. D., 1905, II, 285. En sens contraire, Cass. civ., 14 juill. 1830, D. R., v° compétence des trib. civ. d'ar., n° 277, note 2.

(2) Voy. Cass. req., 7 messidor, an VII, D. R., v° acte civ., n° 310, note 3. — Douai, 3 avril 1845, D., 1845, IV, 251. — Paris, 13 fév. 1858.

Cependant, logiquement, on devrait conclure à l'incompétence absolue dans cette hypothèse. En effet, les dispositions du Code civil concernant les étrangers et les articles 11 et 14 en particulier doivent être considérés comme contenant des dispositions d'ordre public, et l'incompétence qui en résulte doit être elle-même considérée comme d'ordre public (1).

D'autre part, ces textes marquent une réaction par rapport aux conceptions révolutionnaires. Sans aller jusqu'à affirmer, comme le fait M. Laurent (2) que notre Code rétrograde jusqu'à la loi des XII tables, qui proclamait que l'étranger était un ennemi et par suite ne pourrait prétendre exercer aucun droit, il est certain que dans l'esprit du législateur, l'étranger était vu avec défaveur. C'était du reste conforme à la tradition de l'ancien régime (3) et Pothier enseignait que l'étranger était exclu des droits civils, c'est à dire écrivait Ferrière : « des droits et avantages accordés aux regnicoles par les lois civiles et politiques de l'État » et entre autre du droit d'ester en justice (4).

C'est sans doute pour respecter cette tradition continuée par le Code civil, tout en évitant, dans la mesure du possible les graves inconvénients que la jurisprudence a été amenée à adopter l'idée de l'incompétence relative.

D., 1858, II, 56. — Cass. req., 1861, D., 1861, I, 420. — Caen, 39 janv. 1873, D., 1876, II, 234. — Alger, 5 juin 1874, D., 1878, II, 9. — Nancy, 16 mars 1878 et Cass. req., 5 mars 1879, D., 1880, I, 9. — Paris, 21 mars 1885, D., 1886, II, 14. — Lyon, 22 fév. 1887, S., 1888, II, 33. — D. R. et D. S., v° actes civils n° 310 et suiv., pages 109 et suiv. et n° 187, page 738. — Fuzier-Hermann, v° étranger, n° 788-800.

(1) Glasson, note sous Aix, 4 mai 1845, D., 1886, II, 129.

(2) Laurent, *Droit civ. internat.*, tome II, n° 3, pages 10 et 11.

(3) Voy. Bacquet, *Du droit d'Aubaine*, n°s 14, 18 et 19.

(4) Valery, *Manuel de droit international privé*, n° 273, page 344.

Section II. — La jurisprudence étend le domaine de l'incompétence absolue.

Le Code de procédure civile dispose, dans son article 60, que les demandes formulées pour frais par les officiers ministériels seront portées où les frais ont été faits. D'après la théorie classique l'incompétence, dans ce cas, devrait être considérée comme relative. Entre tous les tribunaux d'un même ordre, d'un même degré, d'une même espèce, les parties doivent choisir celui où les frais ont été faits. La place même de l'article 60 prouve d'ailleurs que toute contravention à cet article ne peut être sanctionnée que par l'incompétence relative.

L'article 73 du décret du 14 juin 1813 décide d'autre part que toute condamnation d'huissiers pour faits relatifs à leur fonction sera prononcée par le tribunal de première instance du lieu de leur résidence. Ici encore, l'incompétence, si l'on suit la théorie classique dans toutes ses déductions, devrait être considérée comme relative, et pourtant pour la jurisprudence l'incompétence est absolue ; tout autre tribunal que le tribunal désigné par la loi doit se dessaisir d'office ; son incompétence ne saurait être couverte ni par le silence des parties ni par leur volonté formelle, le principe de l'article 60 du C. p. c. fait même échec aux règles sur les degrés de juridiction, et la Cour d'appel ou la Cour de cassation peuvent devenir tribunaux de première instance en premier et dernier ressort pour les frais exposés devant elles (1).

(1) Cass., 28 août 1840, D., 1840, I, 233. — Paris, 30 mars 1842, S., 1842, II, 363. — Civ. Seine, 1er oct. 1869, S., 1870, II, 333. — D., 1871, V, 201. — Cass. req., 11 mars 1896, S., 1896, I, 512. — Douai, 12 nov. 1901, S., 1902, II, 97. — Agen, 19 fév. 1906, D., 1908, II, 301. — Civ. Bourgoin, 8 août 1906, *Gaz. trib.* (1er semest.), 1907, IV, 10. — Toulouse, 26 mai 1909, *Gaz. trib.*, 1909 (2e semest.), II, 154.

La jurisprudence appuie ses décisions sur le caractère d'ordre public de ces attributions de juridiction, sans d'ailleurs le justifier.

La jurisprudence a cherché également à étendre l'incompétence absolue au cas où un autre tribunal que celui déterminé par la loi serait saisi d'une question de succession.

La Cour de Bruxelles (1) avait déjà, le 25 mars 1808, rendu une décision dans ce sens, déclarant l'incompétence de tout autre tribunal *ratione materiæ*, non susceptible de prorogation, et recevable par suite l'appel contre une décision du tribunal de première instance rejetant le déclinatoire des parties, bien que cette décision eût fait l'objet d'un acquiescement.

La Cour de Florence (2) avait au contraire estimé qu'il n'y avait là qu'une incompétence relative, et la jurisprudence semblait s'être fixée en ce sens (3), malgré une décision contraire de la Cour d'appel de Bordeaux déclarant le déclinatoire recevable pour la première fois en appel, dans l'intérêt de mineurs parties au procès, lorsque le 10 mars 1903 (4), la Chambre des requêtes saisie de la question se prononça pour l'incompétence absolue, en s'appuyant principalement sur le caractère formel de l'article 812 du Code civil.

La Cour d'appel, après avoir infirmé un jugement de première instance en matière de partage, avait renvoyé

— Cass. civ., 27 mars 1911, S., 1914, I, 137. — Paix Montfort S. Meu, 18 mai 1912, S., 1914, II, 59.

(1) Bruxelles, 25 mars 1808, S , 1811, 2, 206.

(2) Florence, 9 mai 1810, S., 1811, 2, 415.

(3) Amiens, 16 déc. 1825, D., 1829, 2, 102. — Bordeaux, 14 mars 1850, S., 1852, 2, 561. — Limoges, 7 déc. 1900, D., 1902, 2, 369. — Caen, 17 janvier 1901, D., 1905, 2, 286.

(4) *Gaz. Pal.*, 1903, 1, 724. — *Gaz. trib.*, 1903, (2e sem.) I, 52.

l'exécution au tribunal qui avait été saisi de la demande du partage. Sa décision avait été déférée à la Cour de cassation qui la confirma.

Les motifs de l'arrêt de la Cour suprême étaient ainsi conçus : attendu que si l'article 472 du Code de procédure civile prescrit qu'en cas d'infirmation d'un jugement l'exécution contre les mêmes parties appartiendra à la Cour d'appel qui aura prononcé ou à un autre tribunal indiqué par le même arrêt, il excepte de cette règle les cas dans lesquels la loi attribue juridiction.

Attendu que, l'article 59 du C. p. c. veut qu'en matière de succession sur les demandes d'héritiers, jusqu'au partage inclusivement, le défendeur soit assigné devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. — Que l'article 812 du Code de procédure civile dispose en termes formels que l'action en partage et les contestations qui s'élèvent aux cours des opérations sont soumises à ce même tribunal, que l'attribution de juridiction au tribunal d'ouverture de la succession est donc absolue.

Attendu dès lors qu'en renvoyant, après infirmation, le défendeur à se pourvoir devant le tribunal déjà saisi de la demande en partage... l'arrêt attaqué, loin de violer les articles de loi susvisée, en a fait, au contraire, une juste application.

Cette décision est reprise deux ans après par le tribunal civil de Cambrai qui juge que les articles 812 du Code civil et 59 du C. p. c. attribuent compétence exclusive et absolue au tribunal du lieu d'ouverture de la succession et se déclare incompétent, aucune des successions dont la liquidation était demandée, ni aucun des immeubles à liciter ne se trouvant dans son ressort.

Mais la décision du tribunal de Cambrai (1) a été infir-

(1) Civ. Cambrai, 2 juin 1905, *Gaz. des trib.*, 1906 (1er sem.) 2, 291.

mée par la Cour d'appel de Douai qui s'est refusée à voir dans l'arrêt de la Chambre des requêtes un revirement de la jurisprudence (1) :

Les articles 812 du C. c. et 59 du C. p. c., dit la Cour de Douai, fixant le tribunal compétent en matière de partage de succession, ne créent point pour les autres tribunaux d'arrondissement une incompétence *ratione materiæ*; l'incompétence n'est que personnelle et peut être couverte par des défenses au fond; il n'y a pas, en matière de succession, attribution plus rigoureuse de juridiction que dans le cas où le tribunal est déterminé par le domicile du défenseur ou la situation de l'objet litigieux.

Dans l'un comme dans l'autre cas, la compétence est établie dans l'intérêt des particuliers et l'article 59 du C. p. c. ne fait aucune distinction entre les diverses hypothèses qu'il prévoit.

On peut dire, dans cet ordre d'idées, que la succession est en quelque sorte personnifiée, et constitue un être moral qui est défendeur à toutes les actions qui la concernent et que la compétence attribuée au juge du lieu où elle s'ouvre n'est qu'une application du droit commun : en matière personnelle le défendeur doit être assigné devant le tribunal de son domicile.

A la vérité, l'arrêt de cassation du 10 mars 1903, dit que la compétence de l'article 59 § 6 est absolue; mais il faut l'entendre en ce sens seulement, qu'une Cour d'appel qui infirme une décision de première instance, statuant au fond, circonstance déterminante, est tenue de renvoyer l'exécution au tribunal auquel la loi attribue juridiction, et que l'art. 472 du C. p. c. lui en fait une obligation.

L'affirmation énergique de la Cour suprême paraît avoir

(1) Douai, 27 juil. 1905, *Gaz. des trib.*, 1906, (1er sem.) 2, 291. — Pand., 1906, 2, 41.

surtout pour but de condamner définitivement une jurisprudence contraire suivie jusqu'alors.

Mentionnons enfin que dans une hypothèse qui n'avait pas été prévue par le Code de procédure civile et qui ne rentre même pas dans les hypothèses auxquelles peut s'appliquer la théorie classique, la jurisprudence tend à admettre l'incompétence absolue : c'est lorsqu'une affaire qui aurait dû être jugée en audience ordinaire a été portée en audience solennelle. La Chambre des requêtes avait à deux reprises jugé qu'il n'y avait là qu'une incompétence relative (1). La Chambre civile a toujours jugé au contraire qu'il y avait là une incompétence absolue ; elle ne justifie d'ailleurs sa solution qu'en affirmant le caractère d'ordre public des règles de compétence (2).

Section III. — La jurisprudence crée une troisième espèce d'incompétence.

En exposant les origines de la théorie classique de l'incompétence, nous avons montré comment le Code avait été amené à réduire de 4 à 2 le nombre des diverses espèces d'incompétence.

La jurisprudence n'a cependant pas hésité, pour les besoins de la pratique, à créer une troisième espèce d'incompétence, non prévue par le législateur.

On sait que les matières qui composent les attributions du juge de paix sont de deux sortes : les unes lui sont toujours attribuées et pour elles il est compétent à l'exclusion de tout autre tribunal. D'autres ne lui sont attribuées que jusqu'à concurrence d'un certain taux, au delà duquel

(1) Cass. req., 15 mars et 19 juillet 1827, D. R., V° exceptions et fins de non recevoir, chap. II, section 2, art. 3, p. 100, n° 162-3°.

(2) Cass. civ., 7 fév. 1832, 13 et 25 mars 1833, D. R., V° comp. civ. des trib. d'arrond. N° 297, note 1, 1re, 2e et 3e espèce. — 14 mars 1864, S., 1864, 1, 123.

elles doivent être portées devant le tribunal d'arrondissement. Pour une partie de la jurisprudence, son incompétence pour ces matières, lorsqu'elles dépassent le taux de sa compétence, n'est ni absolue, ni relative.

A la vérité, la jurisprudence paraît très divisée sur la nature de l'incompétence dans cette hypothèse.

Avant même la promulgation du Code de procédure civile, la Chambre des requêtes avait reconnu que l'incompétence pouvait être couverte par l'acquiescement des parties: les parties, dans l'espèce soumise à la Cour suprême, s'étaient d'abord adressées au tribunal d'arrondissement qui les avait renvoyées devant le juge de paix. Elles comparurent alors volontairement devant celui-ci, défendirent au fond, suivirent même une expertise et ce n'est qu'en fin de procès que l'une d'elles avait proposé un déclinatoire d'incompétence. La Chambre des requêtes rejeta son pourvoi, estimant qu'il n'était pas possible de dire que l'incompétence du juge de paix fût absolue, et telle qu'un acquiescemnnt ne pût la couvrir et qu'elle put être proposée en tout état de cause, puisque, si, dans le fait, l'objet du procès excédait les attributions ordinaires du juge de paix, il n'en était pas moins vrai que, ne s'agissant que d'une matière civile, l'objet du procès n'était pas étranger à sa juridiction; que le juge de paix avait l'aptitude nécessaire pour en connaître et qu'alors le consentement des parties joint au jugement de renvoi, suffisait pour légitimer sa compétence (1).

En 1821 la Cour de Toulouse admit également la possibilité pour les parties de couvrir l'incompétence par acquiescement (2).

Le 21 juin 1824, au contraire, la Cour de Riom a décidé,

(1) Cass. req., 3 frimaire an IX, Merlin, Questions de droit, v° prorog. de juridict., § 1, note 1, tome VI, page 501.

(2) Toulouse, 24 fév. 1821, S., 1821, 2, 274.

dans une affaire où le juge de paix était saisi d'une demande dépassant le taux de sa compétence, que, suivant l'ancienne et la nouvelle législation, les juridictions étaient d'ordre public et qu'il ne dépendait pas des parties, même par le consentement le plus exprès, d'attribuer compétence au juge de paix qui n'avait relativement à l'objet énoncé ni compétence ni juridiction (1).

En 1829, la Chambre des requêtes, saisie à nouveau de la question, maintient sa jurisprudence antérieure et décide que la juridiction du juge de paix est valablement prorogée par le fait des parties qui ont comparu respectivement devant lui sans proposer ni déclinatoire ni exception d'incompétence (2).

En 1844, le tribunal civil de Besançon (3) rend le jugement suivant : attendu que, si la loi permet aux parties de proroger dans certains cas la juridiction du juge de paix, elle défend expressément dans d'autre cas l'exercice de cette faculté. Ainsi elle admet que lorsque le juge de paix n'est incompétent qu'à raison de la personne, *ratione personæ*, cette incompétence peut être couverte par le consentement ou même par le silence des deux parties ; mais elle ne veut pas que, lorsque ce magistrat est incompétent à raison de la matière, on puisse lui attribuer la connaissance d'affaires qui sortent de ses attributions ; que pour appliquer sainement ces dispositions prohibitives il faut faire une distinction entre la juridiction du juge concentrée en un genre d'affaires (*certum genus causarum*) et celle qui n'a trait qu'à la quotité de la somme réclamée. Dans la première hypothèse, soumettre à l'appréciation du juge des choses qui lui sont étrangères, ce ne serait pas seulement étendre sa juri-

(1) Riom, 21 juil. 1824, S , 1825, 2, 175.
(2) Cass. req., 12 mars 1829, D., 1829, 1, 384.
(3) Civ. Besançon, 21 juin 1844, D., 1845, 3, 146.

diction, mais en créer une autre et la lui confier. Dans la seconde, le juge est déjà investi du droit de juger jusqu'à concurrence d'une partie de la somme demandée, il ne s'agit plus pour lui d'incompétence *ratione materiæ*, mais bien d'une incompétence de *quantitate ad quantitatem*, troisième espèce d'incompétence très différente des deux autres et qui, n'étant pas prohibée par la loi, peut être couverte par la volonté des parties.

L'espèce soumise au tribunal de Besançon était la suivante : dans un billet de 2.000 francs, les époux B. acceptaient d'être, en cas de non paiement, jugés définitivement par le juge de paix. La caution ayant payé le billet, poursuivit les héritiers des époux B. devant le juge de paix. Ceux-ci opposèrent l'incompétence du juge de paix et, sur rejet du déclinatoire, firent appel.

En 1872, la Chambre des requêtes saisie encore de la question, confirme implicitement sa décision en 1829, en décidant que l'incompétence qui n'a été invoquée ni devant le juge de paix, ni en appel, ne peut l'être pour la première fois devant la Cour de cassation (1).

Plus récemment, le tribunal civil d'Avignon a reconnu également le droit de proroger la juridiction du juge de paix de *quantitate ad quantitatem* pour un litige d'une valeur de 10.000 francs (2).

Par contre, le tribunal civil de la Seine a estimé que l'incompétence du juge de paix, pour une demande indéterminée et par suite hors de sa compétence, connexe à une demande rentrant dans ses attributions, était une incompétence *ratione materiæ* pouvant être opposée en tout état de cause (3).

(1) Cass. req., 6 mars 1872, D., 1872, 1, 326.

(2) Civ. Avignon, 12 janv. 1905, *Gaz. des trib.*, 1905, (1er semest.) 2, 366.

(3) Civ. Seine, 16 déc. 1907, *Gaz. des trib.*, 1907 (2e semest.) 2, 86.

La Chambre civile de la Cour de cassation semble, au premier abord, avoir changé plusieurs fois sa jurisprudence dans la question qui nous occupe.

En effet, en 1808, elle avait été saisie d'un pourvoi du chef d'incompétence contre un jugement du tribunal d'arrondissement rendu sur appel d'une décision du juge de paix dans une matière dépassant le taux de sa compétence ; l'incompétence du juge de paix n'avait été opposée ni en première instance, ni en appel. Le substitut du Procureur général conclut à la cassation du jugement du tribunal d'arrondissement : « les juges, disait-il, n'ont de pouvoir « que par une volonté expresse de la loi. La volonté des « parties peut bien être un motif, pour que le législateur « autorise une prorogation, lorsque cette volonté est mani- « feste et concordante. Mais encore faut-il que le législateur « se soit expliqué sur ce point. Or nos lois modernes ont « expressément autorisé la prorogation relativement aux « personnes ; elles ont même autorisé la prorogation à « raison de la valeur du litige, en ce sens que la volonté « des parties peut autoriser le juge à statuer en dernier « ressort sur un litige dont il ne pouvait connaître qu'à « charge d'appel. Mais elles n'ont pas expressément auto- « risé la prorogation à raison de la valeur du litige, en ce « sens que le juge puisse être autorisé par le consentement « des parties à connaître d'un litige dont la valeur excède « sa compétence ordinaire. Sans doute pour admettre cette « prorogation, il y a de fortes raisons d'analogie ; peut être « même le silence du législateur n'est-il qu'une omission, « plutôt que la preuve d'une intention contraire. Mais le « pouvoir des juges, et, en général des fonctionnaires « publics, ne s'établit ni par analogie, ni par présomption ».

La Chambre civile, sans adopter entièrement l'opinion du substitut de son Procureur général, cassa néanmoins le jugement du tribunal d'arrondissement : l'incompétence

étant absolue et d'ordre public, le tribunal aurait dû la prononcer d'office. En confirmant la décision du juge de paix, il s'est rendu propre le vice radical dont elle était entachée (1).

L'année suivante (2), la Chambre civile, saisie à nouveau de la question, reconnut au contraire que la loi autorisait la prorogation de juridiction d'un juge de paix lorsque, comme dans l'espèce qui lui était soumise, les deux parties comparaissaient devant lui, et lui demandaient jugement sur un objet qui ne sortait de sa compétence que par le degré de valeur de cet objet. Cependant l'Avocat Général Daniels, siégeant au banc du Ministère Public, avait lui-même rappelé, dans ses conclusions, que si les principes de droit romain autorisaient la prorogation dans cette hypothèse, la Cour suprême semblait s'être prononcée en sens contraire par son arrêt du 22 juin 1808.

Au premier abord, ces arrêts semblent être en contradiction absolue l'un avec l'autre. Mais, en fait, leur divergence est plus apparente que réelle : en 1808 la Chambre civile s'est prononcée pour l'incompétence absolue parce que les parties n'avaient pas prorogé la juridiction du juge de paix, conformément aux termes de l'article 7 du Code de pr. civ.

En 1809, elle a admis la prorogation de juridiction parce que les parties avaient observé les formes de l'article 7, et que, d'après la Cour suprême, la loi autorise la prorogation dans ces conditions.

La Chambre civile a, depuis lors, maintenu sa jurisprudence : en 1827, en effet, comme en 1808, elle se prononce pour l'incompétence absolue dans une espèce où la procédure de l'article 7 n'avait pas été suivie (3). En 1845, elle

(1) Cass. civ., 22 juin 1808, S., 1808, 1, 532 et suiv.
(2) Cass. civ., 10 janv. 1809, S., 1809, 2, 170.
(3) Cass. civ., 20 mai 1829, D., 1829, 1, 247.

reconnaît implicitement le droit, pour les parties de proroger la compétence du juge de paix (1). Enfin, dans deux arrêts, l'un du 9 mars 1857 et l'autre du 3 novembre 1891 (2) elle établit nettement la distinction entre la prorogation faite dans les formes de l'article 7, qui seule couvre le vice d'incompétence, et toutes les autres espèces de prorogation (3).

Si donc l'on excepte les quelques décisions qui ont admis l'incompétence absolue et qui paraissent être des décisions isolées, deux tendances se manifestent dans la jurisprudence ; la Chambre des requêtes considère l'incompétence comme relative et elle est suivie par les Cours d'appel et les tribunaux d'arrondissement. Les décisions en ce sens ne sont pas le plus souvent pleinement justifiées ; la jurisprudence se contente d'affirmer que la compétence du juge de paix incompétent *ratione quantitatis* peut être prorogée. La Cour de cassation invoquait dans sa décision du 3 frimaire, an IX, le caractère civil des contestations dépassant le taux de la compétence du juge de paix ; ce qui ne veut rien dire. Une question d'état est tout aussi bien une affaire civile.

La seule décision qui soit réellement motivée est celle du tribunal civil de Besançon. Après avoir opposé l'incompétence *ratione materiæ* à l'incompétence *ratione personæ*, ce tribunal distingue entre la juridiction du juge concentrée dans un certain genre d'affaire, *ad certum genus causarum*, est celle qui n'a trait qu'à la quotité de la somme réclamée. Dans le premier cas, il s'agit d'une incompétence *ratione materiæ*, non susceptible de prorogation. Dans l'autre cas, le juge est déjà investi du droit de juger jusqu'à une certaine

(1) Cass. civ., 6 janv. 1845, D., 1845, 1, 56.

(2) Cass. civ., 9 mars 1857, S., 1857, 1, 667. — 3 nov. 1891, D., 1892, 1, 233.

(3) Voy. égal. sur ce point la note au D., sous l'arrêt précité et Cass. civ. 5 janv. 1858, S , 1858, 1, 302.

somme. Son incompétence n'est pas *ratione materiæ*, il s'agit d'une incompétence de *quantitate ad quantitatem*, troisième espèce d'incompétence, qui peut être couverte par la volonté des parties, puisque, d'après la loi, seule l'incompétence *ratione materiæ* ne peut se couvrir.

Les motifs de cet arrêt expliquent d'ailleurs que la Chambre des requêtes ait pu se prononcer pour l'incompétence relative. Ce faisant, elle suivait simplement une tradition constante depuis la plus haute antiquité, un usage déjà admis en droit romain et conservé par l'ancien droit.

La Chambre civile n'a pas cru devoir se montrer aussi libérale mais n'a pas voulu non plus appliquer d'une façon absolue l'article 170 du Code de p. c. Continuant la tradition du droit romain de l'ancien droit, elle reconnaît que la juridiction du juge de paix est susceptible de prorogation, mais cette prorogation doit être faite dans les formes de l'article 7, c'est-à-dire par une déclaration des parties faite devant le juge de paix, signée d'elles et indiquant qu'elles demandent jugement. Si cette formalité n'a pas été remplie la juridiction du juge de paix n'a pu être prorogée. Son incompétence peut être invoquée en tout état de cause et lui-même doit la prononcer d'office. La Cour suprême a vraisemblablement craint que les parties en justice de paix, qui sont souvent peu instruites, se trouvent contraintes d'accepter la juridiction de ce magistrat, par suite de leur ignorance, si elle avait, comme la Chambre des requêtes, admis simplement l'incompétence relative.

On est donc en présence d'une de ces créations hardies que la jurisprudence n'a pas hésité à faire pour combler les lacunes de la loi, car l'article 7 ne vise que le cas de comparution volontaire des parties devant un juge de paix incompétent à raison de domicile des parties ou de la situation de l'objet litigieux ; c'est un texte spécial dont l'appli-

cation ne peut être étendue en dehors des cas qu'il vise expressément.

En résumé, sur bien des points, les décisions de la jurisprudence sont en contradiction absolue avec les solutions qui découlent logiquement de l'application de la théorie classique de l'incompétence. Il y a sur tous ces points divorce entre la pratique et la théorie.

Section IV. — La doctrine abandonne les solutions logiques pour adopter celles de la jurisprudence.

La doctrine n'a pas été d'ailleurs sans s'apercevoir de cette divergence entre elle et la jurisprudence, et certains auteurs ont cherché à concilier la théorie de l'incompétence avec les solutions de celle-ci.

M. Glasson, par exemple, après avoir défini l'incompétence absolue, la violation d'une règle par laquelle le législateur fixe les attributions des différents ordres, des différentes espèces et des différents degrés de juridiction, et l'incompétence relative, la violation d'une règle par laquelle le législateur détermine entre tous les tribunaux identiques celui qui doit être saisi, n'hésite pas à affirmer (1) que l'incompétence du tribunal d'arrondissement pour les affaires commerciales n'est pas absolue et que le tribunal devant lequel les faits n'ont pas été exposés n'est pas relativement incompétent pour une demande de paiement de frais formulée par un officier ministériel.

A l'appui de sa première affirmation il fait remarquer que les arguments invoqués en faveur de la thèse contraire sont loin d'être probants. C'est en vain qu'on invoque l'autorité de Pothier, car dans l'ancien droit les règles de com-

(1) Glasson, art. dans la *Revue crit. de législ. de jurisp.*, année 1881, p. 232 à 236. Note sous Bruxelles, 7 février 1881, D., 1884, 2, 25. — *Leçon de proc. civ.* de Boitard, édit. de 1885 par Glasson, tome I, p. 51 et 52.

pétence étaient fort obscures ; d'autre part, le texte de la loi des 16-24 août 1790, s'il retire aux tribunaux d'arrondissement les affaires commerciales, dans certains districts, leur reconnait la plénitude de juridiction, le caractère de juge de droit commun. Saisir le tribunal d'arrondissement d'une affaire commerciale, c'est revenir à la règle générale, non violer une règle d'ordre public, car il ne suffit pas d'affirmer que les tribunaux consulaires ont été créés dans l'intérêt d'une bonne justice. La loi ne craint pas que les tribunaux d'arrondissement ne jugent mal des affaires commerciales, puisqu'elle les leur confie dans un certain nombre d'arrondissements. C'est en faveur des commerçants qu'ont été institués les tribunaux de commerce. Les principes fondamentaux de notre organisation judiciaire ne sont vraiment méconnus qu'autant que l'on touche à l'ordre des juridictions, ou à leur hiérarchie, ou que l'on saisit un tribunal d'exception d'une affaire que la loi ne lui a pas donnée. Dans tous ces cas, il y a incompétence absolue. Mais porte-t-on une affaire commerciale au tribunal d'arrondissement, c'est bien un tribunal de même ordre, du même degré que l'on saisit et de plus un tribunal de droit commun.

En vain soutiendrait-on que si l'incompétence du tribunal d'arrondissement en matière de justice de paix est absolue, il doit en être de même de son incompétence en matière commerciale. Outre que cette solution est discutée, il y a une différence entre les deux hypothèses, c'est que l'on trouble, dans le premier cas, la hiérarchie judiciaire, tandis que le tribunal d'arrondissement et le tribunal de commerce sont placés au même degré de la hiérarchie.

Il faut en conclure que le tribunal d'arrondissement est relativement incompétent en matière commerciale. Le tribunal de commerce est juge par priorité, non par exclusion du tribunal de droit commun. On est d'ailleurs conduit à

cette solution par les nécessités pratiques. Car si l'on admet l'incompétence absolue, encore que l'incompétence n'ait pas été invoquée en cause d'appel, on pourra l'invoquer en cassation. En vain objectera-t-on la plénitude de juridiction de la Cour d'appel, car le tribunal d'arrondissement étant incompétent, les parties ont été privées d'un degré de juridiction. Il y a alors violation des règles d'organisation judiciaire et de ce chef le pourvoi contre l'arrêt de la Cour serait recevable. La Cour de cassation, régulièrement saisies, cassera et renverra à une autre Cour d'appel qui prononcera l'incompétence du tribunal d'arrondissement et s'en tiendra là. Aux parties de saisir le tribunal de commerce, ce par quoi elles auraient dû commencer.

Mais il n'en est pas moins vrai que, ainsi que le constate M. Garsonnet dans son *Traité de procédure civile* (1), cette théorie n'est pas conforme aux principes généraux qui régissent l'incompétence et d'après lesquels un tribunal est incompétent *ratione materiæ* à l'égard des affaires qui relèvent d'un autre ordre de juridiction. M. Glasson, sur ce point, se met donc en contradiction avec la théorie qu'il a lui-même enseignée antérieurement.

M. Glasson enseigne également que l'incompétence du tribunal qui n'a pas été désigné par la loi pour juger les contestations entre les officiers ministériels et leurs clients, doit être considérée comme absolue (2), parce que l'attribution de juridiction a été faite pour des motifs d'ordre public. Il en est de même des poursuites contre les huissiers

(1) Garsonnet, *Traité théor. et prat. de proc. civ.* 1re édit. Tome II, nº 416, p. 39, 40 et 41, 2e édit. par César Bru, tome I, nº 481, p. 758 et suiv.

(2) Boitard. *Leçon de proc. civ.*, édit. par Glasson, tome I, p. 49, note 1. — Glasson, *Précis théor. et prat. de proc. civ.*, nº 224, p. 220-221, tome I.

qui doivent être portées devant le tribunal de leur résidence (1).

M. Garsonnet estime au contraire que la place même de l'article 60 prouve qu'il ne s'agit pas là d'une incompétence absolue.

Dans ces dernières années enfin, M. Japiot (2) s'est efforcé de reconstruire la théorie de l'incompétence d'une manière moins artificielle. Il reconnait que, conformément aux tendances de la jurisprudence, il ne faut pas étendre outre mesure la notion de l'incompétence absolue. Il constate même que l'incompétence se rapproche de la nullité dont elle est un aspect spécial et complexe. Elle se traduit par la nullité de la citation et de la sentence. Elle est mise en œuvre au moyen d'un droit de critique exercé soit par l'une des parties, soit par les deux, par le Ministère public ou le juge.

D'autre part, plusieurs considérations dominent notre organisation judiciaire :

La hiérarchie doit être strictement observée, sous peine d'anarchie. L'inférieur ne peut remplir les fonctions du supérieur et inversement.

La limitation des juridictions d'exception, juridictions qui, par leur mode de recrutement et leur composition, présentent peu de garanties.

Le législateur a déterminé leur compétence, ne voulant pas que les parties en la fixant elles-mêmes soient victimes de leur légèreté.

Si la hiérarchie n'est pas en jeu, s'il ne s'agit pas d'étendre la compétence d'un juge d'exception, on peut limiter les

(1) Glasson, *Précis théor. et prat. de proc. civ.*, nº 225, p. 224 du tome I.

(2) Japiot, art. dans la *Revue trimest. de droit civ.*, année 1912, p. 225 et suiv.

effets de l'incompétence, car à côté de l'intérêt général qui veut le respect de l'organisation judiciaire, il y a l'intérêt particulier qui veut le respect des situations acquises.

L'incompétence sera par suite relative si le tribunal d'arrondissement est saisi d'une affaire commerciale parce qu'aucun des deux principes ci-dessus n'est méconnu : Jamais un tribunal d'arrondissement ne peut être juge d'appel d'un tribunal consulaire et le tribunal d'arrondissement n'est pas un tribunal d'exception. Au contraire ce dernier a une compétence de principe qui atténue son incompétence, lorsqu'il est saisi à tort (1).

Ainsi, la théorie classique de l'incompétence, qui n'a jamais été que partiellement adoptée par la jurisprudence, tend donc à être abandonnée par la doctrine.

(1) Japiot, *Traité de proc. civ.*, nº 292, p. 213.

## CHAPITRE III

### La théorie classique n'exprime pas le droit en vigueur à l'étranger

La théorie classique de l'incompétence n'exprime pas plus le droit en vigueur à l'étranger que celui en vigueur en France. Elle est repoussée, plus ou moins nettement, par la plupart des législations européennes.

Dans celles où elle a été adoptée, elle ne répond pas aux véritables intentions du législateur, soit que celui-ci n'ait omis de l'insérer dans la loi qu'à la suite d'un regrettable accident, comme en Belgique, soit qu'il songe à la faire disparaître, comme en Italie.

#### § I. — La théorie classique en Belgique

En Belgique, notre Code est resté en vigueur jusqu'en 1876, où il a été modifié par une loi sur l'organisation judiciaire et, sous son empire, la jurisprudence belge avait adopté à peu près les solutions de notre jurisprudence. C'est ainsi que, si elle considérait comme absolue l'incompétence du tribunal d'appel saisi *de plano* (Cass. Belge 17, nov. 1853, Pasic., 1854, 1, 33), elle avait, après quelques hésitations (Bruxelles, 8 fév. 1851, Gand, 3 avril 1835, Pasic., 1831, 20, 1835, 2, 130), reconnu aux parties le

droit de former en appel des demandes nouvelles (Gand, 10 août 1855, Pasic., 1856, 2, 112. — Cass. Belge, 21 nov. 1868, Pasic., 1869, 1, 42) et de mettre un tiers en cause par la voie de l'intervention forcée (Bruxelles, 27 nov. 1843, Pasic., 1844, 2, 78. — Gand, 7 mai 1847, Pasic., 1848, 2, 227, 21 juin 1850, Pasic., 1850, 2, 210. — 9 juin 1857, Pasic., 1858, 2, 61) ; elle repoussait toutefois les demandes en garantie formées pour la première fois en appel (Bruxelles, 10 août 1844, Pasic., 1845, 2, 51. — Belg. jud., 1844-1903, Gand, 10 août 1855, Pasic., 1856, 2, 112. — Liège, 8 fév. 1873, Pasic., 1873, 2, 89).

Elle admettait également, avec moins d'unanimité que notre jurisprudence toutefois, la plénitude de juridiction des tribunaux d'arrondissement, leur reconnaissant le droit de statuer sur les affaires commerciales du consentement des parties. (Cass. Belge, 20 janv. 1835, Pasic., 1835, 1, 14. — Liège, 13 déc. 1843, Pasic., 1844, 2, 213. — Bruxelles, 13 août 1850, Pasic., 1854, 2, 208. — 1er fév. 1859, Pasic., 1859, 2, 70. — 12 août 1859, Pasic., 1859, 2, 223. — Gand, 29 déc. 1853, Pasic., 1854, 2, 292. — 10 juil. 1857, Pasic., 1858, 2, 7. — Liège, 25 fév. 1864, Pasic., 1864, 2, 246. — 30 mars 1876, Pasic, 1878, 2, 274. — Cass. Belge, 26 nov. 1874, Pasic., 1875, 1, 31. — En sens contraire, Bruxelles, 14 juin 1843, Pasic., 1843, 2, 333. — 8 juin 1844, Pasic., 1845, 2, 29. — 12 juil. 1869, Pasic., 1870, 2, 139. — Gand, 24 mai 1871, Pasic., 1871, 2, 291. — 23 juin 1876, Pasic., 1877, 2, 30. — Anvers, 27 mai et 15 juil. 1848, D., 1849, 3, 77, 78).

La Cour de Bruxelles était allée même jusqu'à permettre au tribunal d'arrondissement de connaître d'affaires de la compétence du juge de paix, en vertu encore de la plénitude de juridiction attribuée à ce tribunal. (Bruxelles, 16 juin 1820, D. R., V° compétence civ. des tribunaux d'arrondissement et d'appel, n° 217, note 2, tome XI, page

67). Mais la Cour de cassation, suivant sur ce point la jurisprudence de notre Cour suprême, admettait la solution inverse, les parties ne pouvant supprimer absolument le premier degré de juridiction. (Cass. belge, 17 nov. 1853, Pasic., 1854, 1, 33).

Enfin, par extension de l'idée de la plénitude de juridiction des tribunaux d'arrondissement, la jurisprudence belge déclarait que l'on pouvait saisir le juge des référés de matières de la compétence des juridictions d'exception. (Bruxelles, 13 mars 1844, Pasic., 1844, 2, 164. — Gand, 22 avril 1868, Pasic., 1868, 2, 289. — Liège, 31 mai 1873, Pasic., 1873, 2, 338).

Mais on considère généralement que la loi du 25 mars 1876 fait revivre entièrement dans toutes ses dispositions la théorie classique de l'incompétence. Toutes les lois d'organisation judiciaire, dans le système de cette loi, doivent être considérées comme d'ordre public, et non susceptibles de prorogation. Si les règles de compétence *ratione personæ vel loci* restent susceptibles de prorogation, c'est que la loi les considère comme faites plutôt dans l'intérêt des parties que dans l'intérêt public (1).

Par suite, les demandes nouvelles ne sont pas recevables en appel (Bruxelles, 12 mai 1883, D., 1884 ; 2, 267) ; les tribunaux d'arrondissement ne peuvent plus être considérés comme ayant la plénitude de juridiction (Turnhout, 14 nov. 1877, Pasic., 1878, 3, 167. — Termonde, 9 fév. et 5 avril 1878, Pasic., 1878, 3, 172 et 238. — Bruxelles, 9 nov. 1882, Pasic., 1883, 2, 131. — Liège, 7 juin 1888, Pasic., 1888, 2, 363. — Cass. Belge, 12 mai 1888, Pasic., 1888, 1, 234). Ils sont absolument incompétents et pour les affaires commerciales (Bruxelles, 12 juillet 1881, Pasic.,

(1) De Paepe, *Etudes sur la compétence civile*, 1e étude, n° 11, page 22, tome I.

1882, 2, 73. — Gand, 6 déc. 1912, Pasic., 1913, 2, 31) et pour les affaires de justice de paix (Civ. Liège, 2 juin 1888, Pasic., 1888, 3, 344). La Cour d'appel ne peut elle-même statuer valablement sur une affaire de la compétence du tribunal de commerce portée au tribunal d'arrondissement, ou inversement, qu'en évoquant après avoir infirmé préalablement pour incompétence. (Cass. Belge, 3 mai 1888, 2, 225, 14 juin 1883, D., 1886, 2, 201. — 18 mars 1909, Pasic., 1909, 1, 183. — De Paepe, *Études sur la comp. civ.*, 1re étude n° 29, tome I, pages 60 et 61).

Enfin, le juge des référés lui-même est tout aussi incompétent pour les affaires commerciales et de justice de paix. Sa juridiction n'est qu'un accessoire de la juridiction civile. (Bruxelles, 23 janv. 1889, Pasic., 1889, 1, 125. — Liège, 7 juin 1888, Pasic., 1888, 2, 363. — Bruxelles, 9 nov. 1887, Pasic., 1888, 2, 9. — 25 janv. 1910, Pasic., 1910, 2, 271. — Gand, 24 déc. 1880, Pasic. 1881, 2, 105. — Cass. Belge, 23 mars 1882, Pasic., 1882, 1, 88).

La Cour de Bruxelles (1) s'était efforcée toutefois de faire revivre partiellement l'idée de la plénitude de juridiction des tribunaux d'arrondissement, en déclarant que lorsque le tribunal de Commerce était compétent à raison de la qualité de marchands des parties, l'incompétence était simplement relative. Cette jurisprudence n'a pas été suivie, et l'on a assez justement fait remarquer à son encontre (2) que, si la loi attribue compétence aux tribunaux de commerce pour les contestations entre commerçants, c'est parce que la qualité de ceux qui ont passé des actes commerciaux fait présumer le caractère commercial de ces actes, mais ne leur donne pas ce caractère, qu'ils ont par eux-mêmes. L'attribution de juridiction est donc

(1) Bruxelles, 7 février 1883, D., 1884, 2, 25.
(2) Glasson, note au D., sous l'arrêt précité.

faite, en réalité, non pas parce que des commerçants sont en cause, mais parce que l'objet du litige est commercial.

Il est juste de reconnaître, d'ailleurs, que l'intention du législateur n'était pas de consacrer la théorie classique de l'incompétence. Les deux commissions instituées en 1853 pour préparer un projet de loi sur l'organisation judiciaire et en 1866 pour préparer un projet de révision du Code de procédure civile, avaient proposé toutes deux d'autoriser les tribunaux d'arrondissement à retenir les causes de la compétence des tribunaux d'exception, lorsque le renvoi n'était pas demandé. La commission spéciale nommée par la Chambre après sa dissolution en 1870, proposait l'adoption d'un système à peu près analogue, mais laissant au tribunal d'arrondissement la possibilité de se dessaisir d'office.

Cette disposition, adoptée par la Chambre au premier vote, fut vivement critiquée par la Commission extraparlementaire appelée par le Ministre de la Justice, à donner son avis sur le projet voté en première lecture par la Chambre. Cette dernière ne contestait pas la nécessité de la réforme qu'on voulait introduire, mais s'élevait contre le pouvoir discrétionnaire donné au tribunal. Lors du second vote, le Ministre proposa et obtint la suppresion du paragraphe relatif à la prorogation de juridiction dont les dispositions trouveraient mieux leur place dans le Code de procédure civile au titre des exceptions. Mais il fut bien entendu que cette suppression ne préjugeait en rien la question de la prorogation.

Le Sénat ayant paru se méprendre sur les intentions réelles de la Chambre, le Ministre rappela dans quelles conditions s'était effectuée la suppression du paragraphe relatif à la prorogation de juridiction, et l'article ainsi réduit fut voté, après clôture de la discussion sur ces mots

de M. Dolez : « En attendant, la jurisprudence décidera (1) ».

On sait ce que la jurisprudence a décidé.

### § 2. — La législation Néerlandaise

La législation Néerlandaise au contraire, bien que plus ancienne que la législation Belge, repousse formellement l'application de la théorie classique.

Aux Pays-Bas, la matière de la compétence est actuellement réglée par le Code de procédure civile de 1828, révisé en 1837. Ce Code reproduit dans ses articles 154, 155 et 156 les dispositions des articles 168, 169 et 170 de notre Code de procédure civile, mais il ajoute que (art. 157), si une demande de la compétence du juge de paix est portée devant le tribunal d'arrondissement, et si le défendeur n'a pas proposé l'incompétence, conformément à l'article 155, c'est-à-dire préalablement à toute autre exception ou défense, le tribunal d'arrondissement retiendra l'affaire comme juge ordinaire et prononcera en dernier ressort (2).

D'autre part, l'article 329 autorise les parties à porter *de plano* leur litige devant la Cour d'appel qui aurait dû en connaître sur appel, pourvu qu'elles en conviennent par écrit et que le différent sujet à appel soit susceptible de compromis ou de transaction. L'article 330 autorise les tuteurs, curateurs ou administrateurs à user de cette faculté. L'article 353 enfin, rendant applicable en appel les règles de l'intervention en première instance, autorise implicitement l'intervention en appel (3).

(1) De Paepe, *Etude sur la compétence civile*, 1re étude, no 2 à 5, pages 9 à 13.

(2) De Paepe, *Etudes sur la compétence civile*, 1re étude, no 2, tome I, pages 8 et 9.

(3) Huet, *Du double degré de juridiction*, thèse page 117. — De Paepe. *Ouvr. cit.*, 6e étude, tome II, page 486.

Sur ce dernier point le Code de procédure civile néerlandais se montre même plus large que notre jurisprudence, qui n'admet pas que l'on puisse saisir *de plano* un tribunal d'appel.

### § 3. — La légistion Allemande

La législation allemande est allée beaucoup plus loin encore dans la restriction du domaine de l'incompétence absolue.

Avant la promulgation du Code d'organisation judiciaire et du Code de procédure civile, la doctrine et la jurisprudence tendaient à restreindre le droit pour les parties de s'accorder sur le choix du tribunal où elles porteraient leurs contestations, de proroger la juridiction d'un tribunal incompétent. Un motif d'ordre public justifiait cette tendance : en raison du morcellement des États, dans l'ancienne Allemagne, on craignait de surcharger les tribunaux d'un État, en les obligeant à juger des questions de peu de valeur, qui eussent dû être jugées par des tribunaux relevant d'un autre État (1).

Cet argument a paru sans valeur après la réalisation de l'unité allemande et l'on fait remarquer au contraire que la loi ne peut déterminer toujours conformément au vœu des parties le tribunal compétent pour connaître d'un litige. Les parties peuvent désirer, par exemple, faire juger par un tribunal de bailliage un litige dépassant le taux de sa compétence, ou plaider dans un lieu où il n'y a pas de tribunal compétent. Il est donc nécessaire de tenir compte le plus possible de la volonté des parties, et de les autoriser à élargir au besoin le cercle des attributions d'un

(1) R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, § 43, III, page 274.

tribunal. Pour que la volonté puisse avoir cet effet, il faut d'ailleurs que la chose soit autorisée légalement (1).

Se conformant à ces idées, l'ordonnance sur l'organisation judiciaire et la première ordonnance sur la procédure civile de l'empire d'Allemagne (30 janvier 1877) faisaient déjà une large part à la volonté des parties : l'ordonnance sur la procédure civile, après avoir posé en principe que tout tribunal incompétent pouvait devenir compétent par la volonté des parties, appliquait les règles de l'incompétence relative non seulement pour la plupart des affaires portées devant le tribunal régional, mais pour celles également de la compétence de ce dernier, portées devant l'Amtsgericht. L'ordonnance sur l'organisation judiciaire, traitant de l'incompétence entre les chambres civiles et commerciales des tribunaux régionaux écartait aussi l'application de l'incompétence absolue à ces hypothèses (2).

*a*) Les principes généraux en matière d'incompétence ; effets de l'accord des parties.

L'article 38, du C. p. c. décide qu'un tribunal de première instance, incompétent en principe, peut devenir compétent par l'accord des parties, pourvu, ajoute l'article 40, que cet accord ait trait à un rapport de droit déterminé ou à une contestation à laquelle il donne naissance.

La prorogation peut résulter d'un accord formel : si elle est faite dans une convention, en dehors du procès, aucune forme spéciale n'est imposée, il suffit que la prorogation ait trait à un objet de droit déterminé ou à une contestation résultant d'un rapport de droit déterminé. Si elle est faite à l'occasion d'un procès porté devant un tribunal, elle

(1) R. Schmidt, *Lehrbuch des deutsched Zivilprozessrechts*, § 43, I, page 273.

(2) Voy. le Code d'organitation judiciaire de l'Empire d'Allemagne traduit par M. Dubarle, le Code de proc. civ. de l'empire d'Allemagne traduit par MM. Glasson, Lederlin et Dareste.

peut être verbale ou écrite et insérée dans les conclusions échangées par les parties.

La prorogation peut résulter également d'un accord tacite, quand le demandeur plaide devant le tribunal incompétent et que le défendeur, connaissant l'incompétence du tribunal, plaide au fond sans demander le renvoi.

Allant plus loin, le Code de procédure civile allemand crée même une véritable fiction d'accord, en décidant que le défendeur qui plaide verbalement au fond sans opposer l'incompétence est forclos du droit de s'en prévaloir. On pourrait songer à voir là une présomption d'accord tacite, mais telle n'est pas l'intention du législateur : L'article 247 (274 de la novelle du 17 mai 1898) dispose en effet que les exceptions dilatoires doivent être opposées avant toute défense au fond et range parmi les exceptions dilatoires, l'exception d'incompétence. Le défendeur est donc forclos du droit d'invoquer l'incompétence s'il ne l'oppose pas avant le débat sur le fond et ce, quand même il en ignorerait l'existence (1).

La loi permet toutefois au défendeur d'user encore de l'exception d'incompétence en prouvant qu'il n'était pas en état de proposer l'exception d'incompétence avant la défense au fond (art. 247 i. f. du C. p. c., 274 i. f. de la novelle du 17 mai 1898).

En principe, les exceptions dilatoires, et, parmi elles, l'exception d'incompétence, ne peuvent être proposées pour la première fois en appel ; mais, comme dans l'hypothèse précédente, la loi réserve le cas où le défendeur aurait été dans l'impossibilité de s'en prévaloir et ce, sans qu'il y ait faute de sa part (art. 491 et 529 du C. p. c.).

(1) R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen zivil prozessrechts* § 43, n° 3, p. 274, 275.

*b*) Incompétence du tribunal régional saisi d'une affaire de la compétence d'un tribunal d'exception.

Les dispositions générales que nous venons d'exposer reçoivent application en particulier lorsqu'un tribunal régional (Landsgericht, correspondant à notre tribunal d'arrondissement), est saisi d'un litige de la compétence du tribunal de bailliage (Amtsgericht, correspondant à notre juge de paix).

La loi décide en effet que le tribunal régional qui se déclare incompétent, ne doit renvoyer l'affaire au tribunal de baillage que si le défendeur y conclut (art. 249 du C. p. c.). Si le défendeur a demandé le renvoi et que le tribunal régional, se déclarant compétent, refuse de se dessaisir, sa décision ne peut être attaquée sous prétexte que le tribunal de baillage était compétent (art. 10 du C. p. c.). Il n'y a pas à distinguer d'ailleurs si l'incompétence tient à la valeur du litige ou à toute autre cause (1).

Si, au contraire, le tribunal s'est déclaré incompétent, lorsque sa décision est passée en force de chose jugée, elle est obligatoire pour le tribunal devant lequel l'affaire est ultérieurement portée (art. 11 du C. p. c.). Ce dernier ne peut par suite se déclarer lui-même incompétent.

Les dispositions contenues dans les articles susvisés s'appliquent également lorsque le Landsgericht s'est déclaré incompétent et que le tribunal régional supérieur (Oberlandsgericht) déclare ce dernier compétent.

Enfin, celles de l'article 11 doivent être observées si l'affaire est de la compétence de la juridiction des métiers (Gewerbegericht). Mais elles ne peuvent être appliquées s'il s'agit d'une affaire de la compétence d'un tribunal particulier, comme les tribunaux pour la navigation sur le Rhin.

(1) Sydow et Busch, Zivilprozessordnung, sous art. 10, § 2 et 3, p. 28.

Elles doivent être écartées aussi, de même que celles des articles 10 et 249 du C. p. c., si l'Amtsgericht est exclusivement compétent pour connaître du litige (1), pour certaines voies d'exécution par exemple (2).

*c*) L'incompétence de l'Amtsgericht pour une affaire civile de la compétence du Landsgericht.

L'ordonnance de 1877 sur la procédure civile autorisait encore la prorogation de juridiction lorsque le tribunal de bailliage était saisi d'une affaire de la compétence du tribunal régional, bien que le Code d'organisation judiciaire eût déclaré ce dernier exclusivement compétent pour toutes les affaires civiles qui ne doivent pas être portées devant les tribunaux de bailliage (Code d'organisation judiciaire, art. 70) : L'article 465 du C. p. c. disposait en effet que l'exception d'incompétence devait être invoquée avant le débat sur le fond. Si le tribunal de bailliage était incompétent *ratione materiæ* (sachliche), il devait en faire la remarque au défendeur avant que celui-ci ne commençât sa défense au fond. S'il se déclarait incompétent à raison de la matière, il devait en même temps, sur les conclusions du demandeur, renvoyer l'affaire au tribunal régional. A partir du moment où sa décision était passée en force de chose jugée, l'instance était considérée comme ouverte devant le tribunal régional (C. p. c. art. 466).

Si enfin c'était au cours de la procédure que les nouvelles prétentions des parties faisaient sortir l'affaire de la compétence de l'Amtsgericht, le tribunal de bailliage devait se déclarer incompétent et renvoyer l'affaire au tribunal régional, si l'adversaire y concluait avant la continuation des débats sur le fond. Comme dans l'hypothèse précédente,

(1) Sydow et Busch, Zivilprozessordnung, notes 1 et 2, sous art. 10 et note 1 sous art. 11. p. 28 et 29.

(2) R. Schmidt, *Zivilprozenrechts*, § 43-v, p. 279.

dès que la décision de l'Amtsgericht était passée en force de chose jugée, l'instance était considérée comme ouverte devant le tribunal régional (C. p. c. art. 467).

*d*) L'incompétence entre Chambres civiles et commerciales, des tribunaux régionaux.

Il n'existe pas en Allemagne de tribunaux de commerce, mais l'État peut créer des Chambres commerciales dans les tribunaux régionaux. La Chambre civile, même là où il y a une Chambre commerciale, conserve d'ailleurs la plénitude de juridiction. En général, les affaires commerciales ne sont portées qu'exceptionnellement à la Chambre commerciale, et sur la demande des parties : Il faut que le demandeur en fasse la demande dans son exploit d'ajournement (art. 102, du Code d'organisat. judic.) ou que le défendeur y conclut avant sa plaidoirie sur le fond (Code d'organisat. jud., art. 104 et 106), la Chambre civile n'a pas à prononcer d'office le renvoi, et peut même rejeter la demande en renvoi, bien que le défendeur ait consenti à ce qu'il fût prononcé (Code d'organisat. jud., art 104).

A l'inverse, la Chambre commerciale peut, même d'office, renvoyer à la Chambre civile, une affaire qui n'est pas de sa compétence, mais elle doit prononcer ce renvoi avant le débat sur le fond, et avant d'avoir pris aucune décision ; elle n'est d'ailleurs pas tenue de le faire, même pour le motif que le défendeur n'est pas commerçant. Toutefois, à la requête de ce dernier, le renvoi doit être prononcé, mais sa demande doit être formulée avant sa plaidoirie sur le fond (Code d'organisat. jud., art. 103 et 106).

Le renvoi doit être également prononcé à la requête du défendeur ou peut l'être d'office, si, par suite de modifications à la demande, l'affaire sort de la compétence (Code d'organisat. jud., art. 105) de la Chambre commerciale.

Le jugement de renvoi d'une Chambre à l'autre n'est d'ailleurs pas un jugement d'incompétence nécessitant toute

la reprise de la procédure. C'est une simple décision de renvoi qui n'entraîne même pas condamnation aux frais et la procédure continue devant une autre Chambre du même tribunal. Aucun recours n'est par suite admis contre la décision de renvoi, et cette décision lie la Chambre devant laquelle l'affaire est renvoyée (Code d'organisat. jud., art. 107) (1).

*e*) Amtsgericht saisi d'une affaire commerciale.

Si enfin une affaire commerciale est portée devant le tribunal de bailliage, que cette affaire soit par sa nature de la compétence de la Chambre commerciale, ou qu'elle le devienne par l'élévation du taux de la demande principale, le tribunal de bailliage doit prononcer le renvoi à la Chambre civile, à moins que le défendeur ne demande le renvoi à la Chambre commerciale auquel cas l'affaire doit y être renvoyée (2).

Le domaine de l'incompétence absolue dans le système de l'ordonnance sur la procédure civile du 30 janvier 1877 se trouvait donc singulièrement restreint. Il ne jouait plus en somme que pour les matières attribuées exclusivement à un tribunal spécialement déterminé et pour les contestations qui n'étaient pas relatives aux biens (état des personnes, questions de filiation, etc... (C. p. c., art. 40, alinéa 2).

(1) R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, § 43, IV, p. 278-279.

(2) Sur tous ces points voy. : Code d'organisat. jud. de l'Empire d'Allemagne traduit par Dubarle, sous art. 107, note 2, p. 72 et sous art. 102, note 3, p. 70. — C. P. c. de l'Empire d'Allemagne traduit par Glasson, Lederlin et Dareste. — Champcommunal, art. dans les *Annales de droit commercial*, année 1911, p. 249 à 250. — Chiovenda, *Principe de proc. civ.*, p. 396. — De Paepe, *Etudes sur la comp. civ.* 1re étude no 7, tome I, p. 15 et 16. — R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, § 43, p. 273 et suiv. Sydow et Busch, Zivilprozessordnung sour art. 38, note 1, p. 48.

La novelle du 17 mai 1898 qui a révisé le Code de procédure civile et les novelles des 1er juin 1909 et 22 mai 1910 ont encore accentué cette tendance. Pour éviter les inconvénients qui résultent de ce que l'incompétence est invoquée pour la première fois devant le juge du second degré, le législateur a prescrit en effet à l'Amtsgericht qui devient incompétent par suite de nouvelles prétentions des parties au cours de la procédure, de se déclarer incompétent par une décision (non par un jugement) et interdit en même temps d'attaquer la décision rendue par l'Amtsgericht; le procès est considéré comme pendant devant le tribunal régional, dès que la décision du tribunal de bailliage prononçant le renvoi est passée en force de chose jugée (novelle sur la proc. civ. du 18 mai 1898, art. 506). Le législateur a voulu empêcher que la solution du procès ne fût retardée par une demande d'infirmation de la décision de renvoi au tribunal régional et par le temps nécessaire pour faire reconnaître le bien fondé de cette décision et en obtenir la confirmation (1).

Ces prescriptions ont été étendues, postérieurement à la novelle de 1898, à tous les cas où l'Amtsgericht se reconnaît incompétent. Il doit désormais prononcer toujours le renvoi au tribunal compétent *ratione materiæ* (sachlich), par une décision (Beschluss) et non par un jugement (Urtheil). Cette décision ne peut être attaquée et dès qu'elle est passée en force de chose jugée le tribunal auquel l'affaire est renvoyée est considéré comme saisi du litige (2).

Enfin, un nouvel alinéa a été ajouté à l'ancien article 490, devenu l'article 529 par la novelle de 1898. Il décide que,

(1) Sydow et Busch, Zivilprozessordnung, notes 3 et 5, sous art. 506, p. 275.

(2) R. Schmidt, *Die neuerungen im Zivilprozessrecht nach dem Amtsgericht Novelle vom 1 juni 1909 und reichsgericht vom 22 mai 1919*, § 102-106, p. 64.

même si l'exception d'incompétence est fondée sur l'existence d'un tribunal exclusivement compétent pour connaître du litige, dans les cas prévus par l'article 40, alinéa 2, par conséquent, il y a lieu d'appliquer la disposition de l'alinéa 1 de l'article 529 (ancien art. 490). Aux termes de celui-ci, l'exception d'incompétence non invoquée en première instance ne peut être reprise en appel que si celui qui veut s'en prévaloir établit qu'il n'était pas à même de l'invoquer devant le juge du premier degré. En outre le tribunal d'appel n'a pas à examiner d'office sa compétenee. On veut éviter par là que le procès ne soit, devant le juge du second degré, renvoyé du chef d'incompétence, sans qu'une décision sur le fond soit intervenue, alors que le défendeur n'a pas soulevé l'incompétence en première instance.

Aussi la loi présume-t-elle que ce dernier est d'accord sur le tribunal saisi, puisqu'il n'a pas décliné sa juridiction en première instance.

Ces dispositions s'appliquent également dans l'instance de révision (Novelle sur la proc. civ. du 17 mai 1898, art. 566). Elles ne jouent pas par contre (1), lorsque le défendeur a soulevé l'exception d'incompétence en première instance ou lorsque il y a fait défaut faute de comparaître ou faute de conclure.

En résumé, la législation allemande reconnaît la plénitude de juridiction du Landsgericht qui ne peut se dessaisir d'une affaire de la compétence de la Chambre commerciale, de l'Amtsgericht, du Gewerbegericht que sur la demande du défendeur.

Elle admet, dans la plus large mesure possible, la prorogation de juridiction, en posant, comme principe géné-

(1) Sydow et Busch, Zivilprozessordnung, note 2, sous art. 40, p. 47 et 3 sous art. 428, p. 286.

ral, que tout tribunal incompétent peut devenir compétent par l'accord des parties.

Elle repousse, d'une manière à peu près complète, l'application de l'incompétence absolue, parce que même lorsque la prorogation de juridiction n'est pas possible (comme s'il s'agit d'une affaire pour laquelle elle attribue une compétence exclusive au tribunal désigné pour en connaître) le renvoi doit être prononcé avant les débats sur le fond, et la décision du tribunal sur la compétence ne peut être attaquée par la voie d'appel.

Elle restreint en fait le domaine de l'incompétence absolue au seul cas où la contestation ne porte pas sur les biens (état des personnes, questions de filiation, de mariage, etc...).

### § 4. — Législation Autrichienne

La législation autrichienne (Code de proc. civ. de 1895), paraît au premier abord être conçue dans un tout autre esprit que celui des législations allemande et néerlandaise.

Le § 41 de la loi de l'organisation judiciaire prescrit en effet à tout juge saisi d'une affaire contentieuse ou gracieuse de vérifier d'office sa compétence en se basant sur le contenu des prétentions du demandeur.

La prorogation de juridiction est bien encore admise, en principe, à condition qu'elle se rapporte à un litige déterminé ou à une contestation portant sur un rapport de droit déterminé (§ 104, al. 1). Elle résulte, comme en droit allemand, soit de l'accord des parties, cet accord doit être déclaré formellement devant le juge, soit de l'omission par le défendeur dans ses premières conclusions de l'exception d'incompétence (1).

(1) Schrutka, Zivilprozeszrecht, § 25, p. 29.

Mais la prorogation n'est pas admise aussi largement, selon qu'il s'agit de la compétence *ratione materiæ* (sachliche) ou de la compétence *ratione loci* (örtliche). La première est limitée : Une affaire de la compétence du tribunal de métier (Gewerbegericht) ne peut être portée devant la juridiction ordinaire ; une affaire de la compétence du tribunal de canton (Bezirkgericht) ne peut être porté au tribunal collégial de première instance (collegialgericht) et inversement ; une affaire attribuée uniquement aux tribunaux collégiaux de première instance ne peut être portée au tribunal de canton, au tribunal de commerce (Handelsgericht), au tribunal maritime (Seegericht) (1).

Si, d'autre part, l'affaire est exclue de la compétence d'un tribunal ordinaire (2), l'incompétence doit être prononcée en tout état de cause, et la procédure antérieure annulée. Le tribunal supérieur ne doit cependant la prononcer que si l'incompétence se manifeste seulement devant lui.

Mais la nullité de la procédure antérieure peut être prononcée par la Cour suprême (Jurisdictionennorm, § 42), lorsque l'incompétence apparaît après que le jugement est passé en force de chose jugée.

Si l'incompétence repose sur des motifs autres que ceux prévus par le § 42, le tribunal doit se déclarer d'office incompétent mais lorsque le jour des débats oraux a été fixé, il ne peut se déclarer incompétent que si le défendeur

(1) Jurisdictionennorm, § 104. — Schrutka, Zivilprozessrecht, § 25, p. 29.

(2) Sont considérés comme tribunaux ordinaires : les tribunaux de canton (Bezirkgerichte) les tribunaux commerciaux et maritimes de canton (Bezirkgerichte für Handels und Seesachen), les tribunaux des cercles ou régionaux (Kreis et Landesgerichte), les tribunaux de commerce et les tribunaux maritimes (Handelsgericht Seegerichte), les tribunaux supérieurs régionaux (Oberlandesgerichte), la Haute Cour de justice (Oberstengerichtshof). Juridictionnennorn, art. 1.

forme son exception d'incompétence en temps utile, ou si le tribunal ne peut, aux termes de la loi sur l'organisation judiciaire, se déclarer compétent à la suite d'un accord formel des parties portant sur l'affaire en litige (Jurisdictionennorm, § 43).

La compétence *ratione loci* (örtliche zuständigkait) est, au contraire, presque toujours susceptible de prorogation, soit par un accord des parties déclaré formellement devant le juge et portant sur un objet déterminé ou une contestation provenant d'un rapport de droit déterminé, soit par l'omission de l'exception d'incompétence. Toutefois la prorogation de juridiction est impossible par l'accord des parties, pour les tribunaux chargés des voies d'exécution. L'incompétence doit être prononcée d'office jusqu'à la vente aux enchères, mais elle est couverte si le défendeur consent à plaider devant le tribunal saisi (1).

En résumé, la législation autrichienne n'admet la prorogation de juridiction que dans une mesure relativement restreinte. Mais lorsque la prorogation n'est pas possible, l'incompétence n'est pas nécessairement susceptible d'être invoquée en tout état de cause. Le tribunal, toujours tenu d'examiner sa compétence, peut être tenu également de se déclarer d'office incompétent dès le début de la procédure. La législation autrichienne tend donc à étendre le rôle du juge en matière d'incompétence, pour empêcher que les parties ne soient privées malgré elles du juge désigné par elle, tout en évitant les inconvénients que présente généralement l'incompétence absolue.

(1) Schrutka Zivilprozeszrecht, § 36, p. 44.

### § 5. — Législation italienne

Le droit Italien actuel consacre, au contraire, à peu près sur tous les points, la théorie classique de l'incompétence.

Aux termes de l'article 69 du Code de procédure civile Italien, la juridiction ne peut être prorogée que dans les conditions déterminées par la loi. La doctrine part de cet article pour distinguer deux sortes de limites de juridiction, les unes prorogeables et partant relatives, les autres improrogeables ou absolues. La prorogation peut d'ailleurs être faite par une convention expresse, être inhérente à une élection de domicile (art. 95 du C.p.c.), ou résulter simplement de ce que le défendeur ne demande pas son renvoi *in limine litis* (art. 187 du C.p.c.). Les limites improrogeables ne peuvent être au contraire prorogées par accord des parties, et le juge doit soulever d'office l'incompétence qui peut être invoquée en tout état de cause.

Les limites improrogeables sont celles tirées du critérium de fonction, de nature ou de valeur : on ne peut omettre un degré de juridiction, former une demande nouvelle en appel (C.p.c. art. 490). On ne peut non plus saisir le juge de droit commun d'une affaire de la compétence du juge d'exception (Code de com. Italien, art. 874).

L'incompétence est également absolue toutes les fois que le critérium de fonction se mêle au critérium territorial. Il en est ainsi toutes les fois que la loi attribue compétence à un tribunal d'un lieu donné, en vue de la fonction particulière qui lui est confiée dans la cause (tribunal d'appel dans le ressort duquel a été rendu le jugement de première instance, tribunal du lieu où se trouvent les meubles, en matière de saisie mobilière, etc...)

L'incompétence est dite dans tous ces cas absolue parce

qu'elle est instituée dans l'intérêt public. Elle peut être opposée en tout état de cause et à tous les degrés. Elle peut être opposée par le défendeur bien qu'il ait accepté expressément la prorogation de juridiction, par le demandeur, par le juge lui-même, d'office, en cas de silence des parties (1). Toutefois, elle ne peut être opposée devant la Cour suprême, que si elle est fondée sur un moyen évident résultant des pièces du procès et ne nécessitant pas de nouvelles recherches irrecevables devant la Cour de cassation (2).

Les limites de la compétence territoriale sont au contraire toujours prorogeables. La jurisprudence et la doctrine admettent donc que si l'on n'accepte pas la prorogation, on doit proposer l'incompétence avant toute autre exception ou défense (C.p.c. art. 187). Le juge n'a pas à se dessaisir d'office (3).

La Cour d'appel de Gênes (4) a même jugé que l'exception d'incompétence territoriale ne pouvait plus être opposée, si le défendeur la soulevait dans ses premiers actes de procédure, mais après avoir proposé une autre exception (5).

Mais le projet de réforme du Code de procédure civile Italien déposé par M. Orlando sur le bureau de la Chambre le 24 mai 1909 abandonne ces règles trop absolues. Il ne s'en tient pas à la distinction classique de l'incompétence absolue déterminée à raison de l'objet de litige et de la

(1) Cass. Rome, 21 décembre 1894, cités par Cavalleri, *Diritto Giudizziaro civile*, § 194, page 356.

(2) Cass. Turin, 9 mars 1894, 17 juillet 1896 et 5 février 1897, *loc. precit.*

(3) Cass. Rome, 5 mai 1900, appel Trani, 7 avril 1900, *loc. precit.*

(4) Appel Gênes, 28 sept. 1900, *loc. precit.*

(5) Sur tous ces points, voy. Chiovenda, *Principe de procédure civile*, page 395 et suiv. Cavalleri, *Diritto Giudizziaro civile*, § 16 et 17, pages 22 et 23, § 194, page 356.

compétence territoriale ou relative, mais fait une distinction entre l'incompétence à raison de la valeur du litige et celle déterminée par la nature spéciale du procès : Réserve faite des dispositions de l'article suivant, lit-on dans l'article 1er, § 2, dans les affaires soumises au préteur (juge de paix), et aux tribunaux (tribunaux de première instance), l'incompétence fondée sur la valeur du litige, doit être opposée avant toute autre exception ou défense ; l'autorité judiciaire ne peut la prononcer d'office. Un accord relatif à la compétence à raison de la valeur est valable devant ces juridictions, s'il résulte d'un acte écrit. Enfin l'incompétence ne peut être invoquée en appel par le défendeur défaillant (art. 3, § 3).

La prorogation de juridiction autorisée par ces textes est possible aussi bien lorsque c'est le préteur qui est saisi d'un litige de la compétence du tribunal par sa valeur, que si le litige qui aurait dû être porté devant le préteur a été porté devant le tribunal.

Cette solution, d'après l'exposé des motifs, est préférable à celle qui augmenterait d'une façon générale la compétence du juge unique : on ne peut accroître beaucoup cette compétence, car il ne faut pas priver les parties du bénéfice de la collégialité et il est difficile d'augmenter la compétence du préteur dans les villes où il n'y a pas de barreau. Toute difficulté est écartée, si on autorise les parties à saisir le préteur, bien que le litige dépasse le taux de sa compétence.

Le préteur est d'ailleurs un magistrat ordinaire offrant les mêmes garanties que les juges des tribunaux. Il n'y a donc pas à établir une borne entre le juge unique et le tribunal, pour l'incompétence à raison de la valeur. L'intérêt public n'est pas en jeu, comme lorsqu'il s'agit de cas où la compétence du juge est déterminée d'après la nature spéciale du procès à juger. La loi ne se détermine que par

des considérations d'opportunité auxquelles les parties peuvent passer outre.

Le système proposé réalise, dans une certaine mesure, l'avantage que l'on recherche dans un accroissement de la compétence du préteur. Dans les grandes villes où les tribunaux sont surchargés, les parties useront de la liberté qui leur sera donnée de se faire juger plus rapidement et à moins de frais par le préteur. Le rôle du tribunal sera déchargé d'autant.

Par contre le projet italien rattache à l'incompétence absolue, en interdisant toute prorogation de juridiction, un certain nombre d'hypothèses pour lesquelles, dans l'esprit de la théorie classique, l'incompétence n'est que relative : ce sont les procès relatifs à l'état et à la capacité des personnes, aux rapports de famille, au mariage, à la séparation de corps, etc... Dans tous ces cas l'incompétence peut être opposée en tout état de cause et prononcée, même d'office (projet de réforme du C.p.c. art. 2). Dans toutes ces hypothèses le projet considère que l'objet du procès détermine nettement et absolument la compétence du tribunal : la compétence territoriale se confond avec la compétence fixée à raison de l'objet du litige (1).

### § 6. — La législation marocaine

Au contraire des tendances des législations européennes, la nouvelle législation marocaine paraît chercher à étendre le domaine de l'incompétence absolue. A vrai dire, le dahir

(1) V° le proj. de ref. du C.P.C. Italien dans le *Revista di diritto civile*, année 1909, page 519. — L'art. de M. Tissier dans la *Rev. trim. de droit civil*, année 1910, page 568 et la thèse de M. Delor, *Des prorogations de juridiction*, page 123.

sur la procédure civile du 12 août 1913 (1) est assez incomplet sur la question de l'incompétence.

Il n'existe qu'un seul texte sur cette matière, l'article 124, inséré dans la partie du dahir relative à la procédure en justice de paix. Ce texte dispose que l'incompétence du tribunal peut être soulevée par les parties ou déclarée d'office par le juge en tout état de cause. Il semble donc bien, quelle que soit la cause de l'incompétence; qu'elle soit toujours absolue.

Cette disposition, assez surprenante au premier abord, peut d'ailleurs s'expliquer par les considérations qui ont présidé à la rédaction du dahir. On ne pouvait songer à introduire au Maroc la procédure en usage dans la métropole, qui, ainsi que le constatait la commission chargée de préparer sa nouvelle organisation judiciaire, ne répondait guère aux nécessités actuelles. On ne pouvait imposer au Maroc un système inférieur sur bien des points à ceux en usage dans la plupart des pays étrangers.

On a donc eu l'idée très ingénieuse, sans rien emprunter aux législations étrangères, d'appliquer aux tribunaux du Maroc les règles en usage devant nos tribunaux administratifs et principalement celles du décret du 5 août 1881 sur la procédure devant les conseils de contentieux des colonies, et de la loi du 22 juillet 1889, sur la procédure devant les Conseils de Préfecture (2).

Or l'une des caractéristiques de la procédure administrative, c'est que la direction de la procédure est confiée au juge lui-même. D'autre part si la nature absolue ou relative de l'incompétence *ratione loci* d'un Conseil de Préfecture est controversée, il semble que l'opinion dominante

(1) *Bulletin officiel de l'Empire Chérifien et du Protectorat français du Maroc*, n° 46 du 12 septembre 1913.

(2) Holz, *Traité de législation Marocaine*, pages 186-187.

tende à considérer cette incompétence comme absolue, susceptible par suite d'être invoquée et prononcée en tout état de cause (1).

Les commentateurs de la nouvelle législation marocaine s'efforcent d'ailleurs déjà, malgré les tendances marquées par cette législation, de faire rentrer dans le domaine de l'incompétence relative des hypothèses où la théorie classique elle-même tendrait plutôt à voir une incompétence absolue.

M. Holz, par exemple, enseigne que les tribunaux français institués au Maroc ne sont que relativement incompétents pour les contestations entr'étrangers : le privilège qu'ont ces derniers de se faire juger par leurs tribunaux n'est pas d'ordre public. Ils peuvent y renoncer, soit tacitement, en n'opposant pas l'incompétence *in limine litis*, soit expressément, par convention. Il ne va pas toutefois jusqu'à admettre la même solution, lorsqu'un Marocain est intéressé au débat. L'incompétence, tenant alors à un défaut de pouvoir du juge français, serait absolue. Mais il y a lieu de noter que, appelés à trancher une question identique, les tribunaux tunisiens s'efforcent de faire prévaloir l'idée de l'incompétence relative, malgré la résistance de la Cour d'appel d'Alger, et il est possible que la jurisprudence marocaine trouve là un argument pour étendre encore le domaine de l'incompétence relative, malgré les intentions contraires du législateur (2).

(1) Voyez sur ce point Fuzier Hermann, *Rep. génér. alphab. de droit Franç.*, V° conseil de préfect., tome XIII, page 565.

(2) Holz, *Traité de législation Marocaine*, pages 216 à 218.

### § 7. — Le droit canonique

Le nouveau Code de droit canon, rédigé sur l'ordre du pape Pie X et promulgué sous le pontificat de Benoît XV, en 1917, paraît aussi tendre à élargir le rôle du juge en matière d'incompétence.

En effet, non seulement l'incompétence entre les différents ordre de juridiction (Pontife Romain, tribunaux des sièges apostoliques, etc...), considérée toujours comme absolue (Can. 1558), doit être prononcée d'office en tout état de cause (Can. 1617 et 1628, § 2), mais le Code prescrit à tout juge saisi d'une contestation d'examiner sa compétence avant de prononcer dans l'affaire (Can. 1609). Ce texte qui est général, semble s'appliquer aussi bien lorsque l'incompétence est simplement relative.

Le nouveau Code de droit canon contient également quelques dispositions sur l'incompétence relative, différentes des conceptions de la théorie classique : si l'incompétence absolue peut toujours être invoquée en tout état de cause (can. 1617 et 1628, § 2), l'incompétence relative peut être invoquée jusqu'à la *litis contestatio* (can. 1617-1628, § 2), c'est-à-dire jusqu'au moment où, les parties ayant comparu devant le juge ou son délégué, les conclusions du demandeur et les défenses de son adversaire ont été insérées *in actis* (can. 1727). Les parties pourraient donc, semble-t-il, modifier, avant la *litis contestatio*, leurs conclusions primitives et y joindre les conclusions tendant au prononcé de l'incompétence.

Si, d'autre part, le juge relativement incompétent se déclare compétent, sa décision est sans appel. Si, au contraire, il se déclare compétent, sa décision peut être frappée d'appel, mais dans un délai de dix jours (can. 1610, § 2 et 3).

Deux tendances se manifestent donc à l'heure actuelle dans le droit étranger : certaines législations, considérant les inconvénients multiples que présente l'incompétence lorsqu'elle est susceptible d'être invoquée en tout état de cause, s'efforcent de limiter le plus possible le domaine de l'incompétence absolue, de laisser toute initiative aux parties quant à la détermination du tribunal à qui elles demanderont jugement.

D'autres au contraire, craignant peut-être que l'ignorance des parties ne les amène à plaider malgré elles devant un juge compétent, s'efforcent de développer le pouvoir du juge, en lui imposant l'obligation d'examiner sa compétence en toute circonstance.

La tendance de ces législations est d'ailleurs de nature à hâter, presqu'autant que la tendance des premières, la dislocation de la théorie classique de l'incompétence, parce que, si l'utilité de la protection des plaideurs ignorants est incontestable, il n'est nullement nécessaire pour obtenir une protection efficace de recourir à l'incompétence absolue. On peut, tout en étendant dans ce but le pouvoir du juge, enfermer ce pouvoir dans des limites très étroites, quant au temps pendant lequel il pourra être exercé. C'est ainsi que le nouveau Code du droit canon, a pu imposer au juge l'obligation d'examiner sa compétence, et considérer en même temps qu'un juge est valablement saisi, si l'incompétence n'est pas invoquée ni prononcée avant la *litis contestatio*.

C'est ainsi également que la législation autrichienne a pu prescrire à un tribunal appartenant à l'ordre des juridictions ordinaires, saisi d'une affaire de la compétence d'un tribunal du même ordre, mais non identique, de se dessaisir

d'office, tout en lui interdisant de le faire après l'ouverture des débats, si le défendeur n'a pas expressément conclu, en temps utile, à ce que le renvoi au juge compétent fût prononcé.

## CHAPITRE IV

### La théorie classique ne s'impose pas

Si la théorie classique n'a pas été adoptée entièrement par la jurisprudence, si elle est repoussée par la plupart des législations étrangères et abandonnée de nos jours par la doctrine, c'est que les nécessités pratiques, loin de l'imposer, conduisent au contraire à chercher des solutions toutes différentes de celles auxquelles on aboutit avec la théorie classique. Ces solutions peuvent d'ailleurs être adoptées sans inconvénient, car la théorie classique ne s'impose, ni au nom de la tradition, ni au nom du Code.

Section I. — Les nécessités pratiques n'obligent nullement à adopter la théorie classique de l'incompétence. On peut en donner pour preuve, la tendance marquée de notre jurisprudence à étendre le domaine de l'incompétence relative au détriment de celui de l'incompétence absolue.

Cette même tendance se manifeste chez le législateur. Le projet de révision du Code de procédure civile déposé sur le bureau de la Chambre en 1894 et en 1898 (1) admet en

(1) J. O., année 1894, doc. parl. session ordinaire, annexe n° 596, pages 665 et suiv. — Année 1898, doc. parl. session extraordinaire, annexe n° 182, pages 162 et suiv.

effet, expressément la prorogation de la compétence du juge de paix incompétent *ratione quantitatis*, à condition que cette prorogation soit faite par une déclaration des parties devant le juge de paix, constatée par un procès-verbal signé par elles ou contenant mention qu'elles ne peuvent ou ne savent signer (livre I, titre I^er^, art. 8), légitimant, ainsi que le constatait l'exposé des motifs du projet, une pratique qui s'était introduite et que la jurisprudence avait admise : toutefois le projet réserve aux tiers ayant le droit d'intervenir au débat, celui de demander le renvoi de l'instance au tribunal compétent (livre I, titre 1^er^, art. 9) estimant qu'il faut sauvegarder le droit des tiers.

Devant les tribunaux d'arrondissement, le projet prescrit que tout déclinatoire pour incompétence même à raison de la matière, doit être opposé avant toute autre exception ou défense, sauf celle de la caution à fournir par les étrangers. Le tribunal peut lui-même se dessaisir d'office, mais il doit le faire avant les plaidoiries.

L'incompétence ne peut être invoquée en tout état de cause que lorsque la dévolution au tribunal saisi entraîne un changement dans l'ordre ou les degrés de juridiction, ou lorsqu'il s'agit de causes communicables au Ministère public, comme une séparation de corps ou de biens, une question d'état, un divorce, etc..., c'est à dire lorsque l'ordre public est réellement intéressé. Dans les autres cas on considère, dit l'exposé des motifs, que les parties ont eu recours à une sorte d'arbitrage, mais n'ont violé aucune règle fondamentale en renonçant volontairement aux avantages de la juridiction spéciale que désignait la loi (livre II, titre VIII, art. 3 et 4). Ces dispositions s'appliquent également devant les tribunaux de commerce (livre II, titre XXVII, art. 10).

Devant les tribunaux d'appel, le projet maintient la prohibition des demandes nouvelles et des interventions (à l'ex-

ception de celles des tiers ayant le droit de faire tierce opposition, livre III, titre unique, art. 4), mais il autorise les parties capables de transiger à soumettre d'un commun accord au juge d'appel toute demande nouvelle portant sur des matières susceptibles de transaction, pourvu que la demande nouvelle ait un rapport avec la demande principale. Il autorise également toutes les interventions lorsque les parties y consentent (livre III, titre unique, art. 10 et 16).

Ces tendances de la jurisprudence et du législateur s'expliquent d'ailleurs facilement. Dans la plupart des cas où la théorie classique veut appliquer l'art. 170 et considère l'incompétence comme absolue, les besoins pratiques exigent au contraire une sanction moins rigoureuse. L'incompétence absolue a les plus graves inconvénients. Susceptible d'être invoquée en tout état de cause, elle permet à un plaideur sur le point de perdre un procès de remettre toute l'affaire en discussion, de retarder une condamnation imminente. Elle est une source inépuisable pour les plaideurs chicaniers, une cause de perte de temps et de ruine pour les parties, et l'on a pu écrire avec raison que la consomption des fortunes particulières, dans des procès inutiles comme l'est un procès sur une question de compétence, était un véritable mal social.

Les nécessités pratiques conduisent donc à limiter le plus possible le domaine de l'incompétence absolue.

Mais si la doctrine et, parfois, la jurisprudence hésitent à s'engager dans cette voie, c'est que, à s'inspirer de la distinction classique des deux espèces d'incompétence, on étend nécessairement le domaine de l'autre de l'incompétence relative, puisque l'incompétence ne peut être qu'absolue ou relative.

Or l'incompétence relative se couvre par la renonciation expresse ou tacite des parties à s'en prévaloir.

En d'autres termes le respect des règles de compétence est soumis à la fantaisie des parties qui peuvent à leur gré les respecter ou les tourner. En vain la théorie classique reconnaît-elle au tribunal le droit de se dessaisir d'office. C'est là un remède qui est pire que le mal, puisqu'il soumet les parties à l'arbitraire du tribunal, lequel peut à son gré prononcer ou ne pas prononcer le renvoi.

Dans l'intérêt de la bonne administration de la justice qui exige le respect des règles d'organisation judiciaire et de compétence édictées par le législateur, il serait nécessaire dans certains cas, pour éviter les inconvénients de l'incompétence relative de reconnaître au tribunal et au Ministère public, l'obligation, non la possibilité, de se dessaisir d'office, tout en limitant le temps pendant lequel il sera en droit de le faire.

En d'autres termes, ce qu'il faut pour la pratique, c'est une théorie de l'incompétence plus souple et se pliant mieux à toutes les exigences, une théorie plus nuancée, où, partant de l'incompétence relative (dans laquelle le droit de se prévaloir de l'incompétence sera limité à un très petit nombre de personnes et s'éteindra dans un très court délai), on aboutirait par une série de gradations intermédiaires à l'incompétence absolue où le droit de se prévaloir de l'incompétence sera très largement ouvert et susceptible d'être invoqué tant qu'une décision définitive sur le fond ne sera pas intervenue.

Section II. — La théorie classique ne s'impose pas au nom de la tradition.

A notre avis l'on peut essayer de construire une théorie de l'incompétence qui réponde aux exigences de la pratique, car la théorie classique n'est imposée ni par la tradition, ni par le Code.

La théorie de l'incompétence, telle qu'on la présente aujourd'hui, n'a jamais été la théorie traditionnelle en France. Sous l'ancien régime, nous avons déjà eu l'occasion de le montrer, la théorie de l'incompétence ne se ramenait pas du tout à la distinction de deux espèces d'incompétence : l'une comprenant toutes les hypothèses où un tribunal est saisi d'une affaire qui aurait dû être portée devant un tribunal d'un autre ordre, d'un autre degré, d'une autre espèce ; l'autre comprenant seulement les hypothèses où un autre tribunal est saisi d'une affaire qui est bien de la compétence de l'ordre de juridiction dont il fait partie, mais qui aurait dû être portée devant un autre tribunal de cet ordre.

La distinction ne s'appliquait que pour des hypothèses restreintes et nettement déterminées : tribunaux de droit commun saisis d'une affaire de la compétence d'un tribunal d'exception, et inversement, c'était l'incompétence *ratione materiæ*. Tribunal dans le ressort duquel le défendeur n'avait pas son domicile où les biens en litige n'étaient pas situés, c'est l'incompétence *ratione personæ vel loci*.

Cette distinction, même réduite à ces quelques hypothèses, n'était pas elle-même de tradition comme on voulait l'affirmer sous l'ancien régime et les textes du droit Romain sur lesquels on prétendait l'appuyer n'avaient pas du tout le sens qu'on leur prêtait. Comment, en effet, assimiler les magistrats constituant les juridictions de droit commun ou d'exception à ces personnes qui n'étaient pas juges, qui n'avaient reçu aucune autorité pour juger, qui n'avaient pas été désignées comme juges par celui qui pouvait les désigner et dont il était question dans les textes invoqués du Code et du Digeste.

La prorogation de juridiction n'était-elle pas plutôt la véritable tradition, si l'on s'en reporte au fragment d'Ul-

pien conservé au Digeste (livre V, titre I^er^, loi 1) invoqué seulement en faveur de l'incompétence relative : si les parties sont d'accord, disait ce texte, quel que soit le juge qui siège au tribunal, eût-il une autre juridiction, il aura juridiction, entendez il sera compétent, pour juger ces parties qui sont d'accord.

Aussi la jurisprudence de l'ancien régime n'a-t-elle jamais admis d'une façon absolue que l'incompétence *ratione materiæ* dût être opposée en tout état de cause : si en particulier elle ne l'admettait pas lorsque les tribunaux de droit commun étaient saisis, ce n'était pas toujours en vertu de l'idée de la plénitude de juridiction de ces tribunaux, et pour retenir par devant eux des causes dont la connaissance leur avait été enlevée. Le Parlement de Paris, qui avait, comme tous les parlements, la plénitude de juridiction, aurait pu aussi bien prononcer d'office l'incompétence d'un tribunal de droit commun, placé à un degré inférieur et saisi d'une affaire de la compétence d'un tribunal d'exception. S'il ne s'arrêtait qu'aux fins de non recevoir prises du consentement des parties, c'est que « dans leur intérêt, il importe peu en quel tribunal elles seront jugées (1) ».

On peut se demander d'ailleurs, si, même en cas d'incompétence *ratione materiæ*, le renvoi devait être prononcé d'office. On sait que lorsqu'il fut proposé pour la première fois aux commissaires nommés pour l'examen de l'ordonnance de 1667, l'article 1^er^ du titre 6 se terminait par ces mots : « encore que le renvoi n'ait pas été requis, ni le déclinatoire proposé », ce qui indiquait clairement pour le juge la nécessité de se dessaisir d'office. La suppression des derniers mots semble indiquer que le juge ne devait se

(1) Rodier, Quest. sur l'ordonnance d'avril 1667, sous article 1^er^ du titre 6, quest. 3, pages 86-87.

dessaisir qu'à la requête des parties. La doctrine enseignait le contraire (1), mais on est forcé de constater que l'obligation de se dessaisir d'office n'était inscrite nulle part dans la loi.

La tradition n'était pas non plus de considérer comme absolue l'incompétence des tribunaux dont la compétence était limitée à un certain taux, pour les affaires dépassant ce taux. Au contraire, depuis la plus haute antiquité (2), il était d'usage de reconnaître aux parties le droit de proroger la compétence des juges incompétents *ratione quantitatis* et cet usage s'était maintenu dans notre ancien droit, notamment en ce qui concernait les juges châtelains (3).

Section III. — Le Code de procédure civile n'impose pas non plus la théorie classique de l'incompétence. Les textes relatifs à l'incompétence, d'ailleurs fort peu nombreux, sont assez imprécis pour permettre de construire une nouvelle théorie de l'incompétence répondant aux besoins de la pratique et en harmonie avec ces textes.

En effet, si l'on combine les quelques textes du Code qui traitent de l'incompétence, c'est à dire les articles 168, 169, 170 et 424, on en tire les conclusions ci-après : si l'incompétence est à raison de la matière, le renvoi peut être demandé, le déclinatoire proposé en tout état de cause, et le tribunal est tenu de renvoyer les parties encore que le

(1) Rodier, Quest. sur l'ordonnance d'avril 1667, sous art. 1er du titre 6, quest. 4, pages 87-88.

(2) Fragment d'Este, Girard, Textes, page 77. Dig. livre L, tit. 1er, *ad municip. et incol.*, loi 28. — Livre V, titre 1er *de judiciis*, loi 74. — Voët, ad Pand., Livre Ier, nº 185. — Henrion de Pansey, Comp. des juges de paix, page 48 et autorités judiciaires, chap. xxi dans ses œuvres, 4e partie, page 566.

(3) Gui-Pape, Decisiones, quest. 275, nº 1, Brillon, *Dict. des arrêts*, vº juridict., nº 28, tome III, page 917, col. 1.

déclinatoire n'ait pas été proposé (Code proc. civ. art. 170 et 464, al. 1).

Si l'incompétence tient à toute autre cause, le renvoi ne peut être demandé, le déclinatoire proposé, que préalablement à toute autre exception ou défense.

Ces textes ont passé dans le Code de procédure civile, à peu près sans discussion, tant devant le Conseil d'État (séances du 30 germinal, des 14 et 26 floréal, an XIII) (1) que devant la section de législation du tribunat (séance du 7 prairial, an XIII) (2) et seul le rapport au Corps législatif permet d'en préciser à peu près la portée (3). Ils n'étaient d'ailleurs que la reproduction des idées alors admises dans la doctrine et principalement par Pothier.

Or si la doctrine enseignait à la fin de l'ancien régime que l'incompétence *ratione materiæ* pouvait être opposée en tout état de cause et devait être prononcée d'office, c'était en s'appuyant sur le droit Romain et sur l'intérêt de l'ordre public qui exige le respect de l'ordre des juridictions.

Aujourd'hui le second seul de ces deux motifs conserve encore sa valeur. Les textes de droit Romain sur lesquels on voulait appuyer jadis l'incompétence *ratione materiæ* n'ont pas du tout le sens qu'on voulait leur donner. Ils ne peuvent d'ailleurs être invoqués après la refonte complète de notre organisation judiciaire sous la Révolution.

Reste donc le motif d'ordre public qui peut et doit être considéré comme la principale raison motivant les dispositions des articles 170 et 424, al. 1 du Code de procédure civile.

(1) Locre, *Législat civ. de la France*, tomes XXI, page 282. — XXI, pages 355 et 514. — XXII, page 100.

(2) Locre, *Législat. civ. de la France*, tome XXI, page 434.

(3) Locre, *Législat. civ. de la France*, tome XXI, page 586.

Le but de ces articles n'est donc pas tant de sanctionner l'incompétence *ratione materiæ* que de réprimer, en la sanctionnant, la violation des règles de compétence pouvant porter atteinte à l'ordre public. Et si l'ordre public n'est pas compromis, l'application de ces articles doit être, à notre avis, écartée parce que leur application serait contraire non pas tant à la lettre qu'à l'esprit de la loi.

Or dans la plupart des cas où dans l'esprit de la théorie classique l'incompétence devrait être sanctionnée par ces articles, il n'y a pas atteinte à l'ordre public. Il importe peu à l'ordre public, par exemple, qu'un tribunal d'arrondissement connaisse d'une affaire commerciale. Par sa composition, par son mode de recrutement, ne présente-t-il pas toute garantie pour connaître et juger équitablement l'affaire qui lui est soumise !

Lorsque l'incompétence ne découle pas de la méconnaissance d'une règle de compétence dont la violation porte atteinte à l'ordre public, elle tombe sous le coup des articles 168, 169 et 424, al. 2. La doctrine classique enseigne que dans ce cas le défendeur seul peut se prévaloir de l'incompétence ; qu'il est forclos de son droit, s'il oppose une autre exception ou défend au fond, que le tribunal enfin peut juger les parties, mais peut aussi se dessaisir d'office, parce que seul le juge de paix incompétent saisi volontairement par les parties est tenu de rester saisi, la loi le lui imposant.

Ces déductions ne sont nullement imposées par le Code de procédure civile.

A lire les articles 168 et 169, il semble bien, il est vrai, que seul le défendeur puisse prétendre invoquer l'incompétence lorsqu'il ne tombe pas sous le coup de l'article 170 du C. p. c.

L'article 424, alinéa 2, au contraire, ne détermine pas quelles sont les personnes qui peuvent demander le renvoi.

Or, on ne peut prétendre que le législateur ait voulu établir une distinction entre les tribunaux d'arrondissement et les tribunaux de commerce, quant au nombre des personnes qui peuvent se prévaloir de l'incompétence devant eux. Il n'y a aucune trace d'une telle intention dans les travaux préparatoires et rien ne pourrait la justifier.

Est-ce à dire qu'il faille considérer l'article 424, alinéa 2, comme ne visant, *in terminis*, que le défendeur, en déterminant les conditions dans lesquelles le renvoi peut être demandé. Il semble que non, mais bien plutôt que dans les articles 168 et 169, le législateur n'ait envisagé que la demande en renvoi formulée par le défendeur, sans exclure la demande que pourrait prétendre former d'autres personnes.

Parmi celles-ci, il en est une, en particulier, à qui le droit de demander le renvoi ne nous paraît pouvoir être refusé, c'est le tiers appelé en garantie : l'article 59, alinéa 8 et l'article 181 disposent que les parties appelées en garantie sont tenues de procéder devant le tribunal où la demande originaire est pendante. Mais il est bien certain que dans l'intention du législateur, ce tribunal ne peut être que celui normalement compétent pour la demande principale, ou en d'autres termes que la loi ne les prive de leur juge naturel que pour leur imposer le juge naturel du défendeur. Si ce dernier consent à plaider devant un autre tribunal, sa renonciation ne peut ni profiter, ni nuire à son garant en vertu de l'adage *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*. Cité devant un tribunal incompétent le tiers appelé en garantie peut donc demander son renvoi bien que l'article 168 semble ne s'appliquer qu'au défendeur à la demande principale.

Le Ministère public paraît également exclu par le Code de procédure civile, comme il l'est par la théorie classique, du nombre des personnes qui peuvent ou doivent se préva-

loir de l'incompétence. Cependant l'article 83 prescrit de communiquer à ce dernier toutes les causes concernant l'État, les communes, les établissements publics, les causes des mineurs, des absents, etc..., et d'une manière générale toutes celles où sont intéressées des personnes qui ne peuvent défendre elles-mêmes leurs intérêts. La raison en est que le Ministère Public est chargé de la protection des intérêts de ces personnes devant les tribunaux. Si ces intérêts exigent que lorsque elles sont assignées dans la personne de leur représentant, le renvoi soit demandé, il appartient, à notre avis, au Ministère Public de le requérir, en cas de silence de ceux-ci.

Les textes du Code ne doivent donc pas être considérés comme des textes limitatifs, en tant qu'ils déterminent les personnes qui peuvent se prévaloir d'une incompétence qui ne serait pas sanctionnée par l'article 170 du C. de p. c.

Ces textes ne fixent pas non plus, d'une manière précise, le moment où les personnes qui peuvent se prévaloir de l'incompétence sont forcloses du droit de demander leur renvoi au tribunal compétent.

Le Code lui-même, autorise les tribunaux de commerce à statuer à la fois sur la compétence et sur le fond, à condition que ce soit par deux dispositions distinctes (C. de p. c., art. 425).

On admet d'autre part que les parties puissent modifier leurs conclusions tant que le tribunal n'a pas prononcé la clôture des débats.

Devant les tribunaux de commerce, les parties peuvent donc conclure à la fois sur la compétence et sur le fond. Elles pourraient aussi, à notre avis, après avoir déposé des conclusions sur le fond, modifier ces conclusions en y joignant des conclusions tendant au prononcé de l'incompétence, pourvu que ce fût avant la clôture des débats. La volonté de la loi sera pleinement respectée, même si l'une

des parties procède de cette manière devant un tribunal de commerce, l'incompétence sera en fait invoquée avant toute autre exception ou défense, puisque le tribunal pourra statuer sur la question de compétence avant, ou, au plus tard, en même temps que sur le fond.

La même procédure pourrait être employée également devant les autres juridictions, car si la loi permet au tribunal de commerce de statuer sur la compétence et sur le fond par le même jugement, elle n'interdit pas aux juridictions de faire de même et il n'y a aucun inconvénient à admettre la généralisation d'une procédure qui a le grand avantage de hâter la solution des procès.

En résumé, la loi, en disant que l'incompétence doit être opposée avant toute autre exception ou défense, n'impose nullement aux parties l'obligation de ne déposer aucune conclusion sur une autre exception ou sur le fond, avant les conclusions sur la compétence. Elle veut seulement que lorsque le tribunal a prononcé la clôture des débats, les parties ne les fassent pas rouvrir, ne retardent pas la solution du procès, en soulevant un déclinatoire d'incompétence.

Si donc l'incompétence peut parfois se couvrir lorsqu'elle n'est pas invoquée dans les premières conclusions ou défenses, et ce, conformément à la tradition, on peut admettre sans se heurter à un texte contraire, que dans d'autres cas l'incompétence peut être encore invoquée jusqu'à la clôture des débats.

D'autre part, la loi ne dit pas non plus qu'un tribunal incompétent, dont les parties ne déclinent pas la juridiction, puisse se dessaisir d'office.

On soutient dans la théorie classique, en s'appuyant sur l'article 7 du Code de procédure civile, qui impose au juge de paix incompétent *ratione personæ vel loci*, saisi volontairement par les parties, que dans tous les autres cas le juge

de paix et les autres juges peuvent se dessaisir : c'est faussement raisonner.

Si l'on voulait tirer de l'article 7 du Code de procédure civile un argument par un raisonnement à *contrario*, on devrait plutôt en conclure que les tribunaux doivent se dessaisir d'office, mais on se mettrait en contradiction avec la tradition, qui n'avait fini par admettre l'obligation, pour un tribunal incompétent *ratione personæ vel loci*, de se dessaisir d'office, que sous l'influence de la vénalité des offices de judicature, et avec l'article 170 du Code de procédure civile qui n'aurait aucune raison de prescrire à un tribunal incompétent *ratione materiæ* de se dessaisir d'office, si le renvoi d'office devait toujours être prononcé.

En tout cas la loi ne dit pas qu'un tribunal puisse se dessaisir d'office, et elle ne pouvait pas le dire, même expressément, sans introduire l'anarchie dans la distribution de la justice. Un tribunal, ne peut à son gré, se dessaisir ou rester saisi. Il doit faire l'un ou faire l'autre, selon l'hypothèse où il se trouve, et selon les prescriptions du législateur. Il n'y a pas de difficulté, lorsque, comme dans le cas de comparution volontaire des parties devant un juge de paix incompétent à raison de leur domicile ou de la situation de l'objet litigieux, le législateur a décidé expressément ce que devait faire le juge. Il n'y a pas de difficulté non plus lorsque l'incompétence porte atteinte à l'ordre public, puisque l'article 170 alors applicable, dicte au tribunal son devoir. Dans tous les autres cas, en présence du silence du législateur, il appartient à l'interprète de décider, d'après ses intentions probables, si le tribunal doit, ou non, se dessaisir.

Le Code de procédure civile ne prescrit pas non plus de traiter identiquement l'incompétence du tribunal de première instance et l'incompétence du tribunal d'appel, et l'on peut admettre que l'incompétence régie en première instance

par l'article 170 ne tombe en appel que sous le coup des articles 168 et 169. L'article 170 dispose simplement, en effet, que si un tribunal est incompétent à raison de la matière, son incompétence peut être invoquée en tout état de cause, et si le renvoi n'est pas demandé, le tribunal est tenu de renvoyer d'office devant qui de droit. Il s'agit évidemment dans ces diverses dispositions, du tribunal incompétent : or un tribunal de première instance peut être incompétent à raison de la matière, sans que le tribunal d'appel le soit également. Le tribunal de commerce, par exemple doit être considéré comme incompétent à raison de de la matière pour connaître des affaires civiles.

Mais la Cour d'appel, compétente pour juger les affaires civiles, comme les affaires de commerce, ne peut être considérée comme incompétente à raison de la matière, quand elle est saisie en appel d'une affaire portée en première instance devant la juridiction consulaire. Elle est nécessairement incompétente parce que l'incompétence du tribunal de première instance entraîne l'incompétence du tribunal d'appel, mais l'incompétence en appel doit être traitée différemment : le tribunal de commerce peut mal juger une affaire civile ; la Cour d'appel ne peut que la juger convenablement.

Enfin la loi n'impose pas l'obligation de lier entre elles, comme le fait la théorie classique, les diverses questions que peut soulever l'incompétence et notamment celle de savoir dans quel délai doit être invoquée l'incompétence, et quelles personnes peuvent ou doivent s'en prévaloir.

Tout ce que le Code prescrit c'est que, si l'incompétence peut être invoquée en tout état de cause, le tribunal doit l'opposer d'office ; mais lorsque l'incompétence doit être invoquée dans les conditions des articles 168 et 169, c'est-à-dire lorsqu'elle est couverte par des conclusions prises sur une autre exception ou défense, ou par la clôture des débats,

le nombre des personnes qui peuvent ou doivent se prévaloir de l'incompétence n'est pas toujours nécessairement le même. La loi n'indique explicitement que le défendeur qui puisse se prévaloir de l'incompétence, elle ne détermine pas quelles sont les autres personnes qui peuvent aussi ou doivent demander leur renvoi devant le tribunal compétent.

En résumé, une théorie de l'incompétence répondant mieux que la théorie classique aux besoins de la pratique n'est pas incompatible avec les dispositions du Code de procédure civile.

Si ses rédacteurs n'ont pas consacré une telle théorie, du moins les textes relatifs à l'incompétence sont-ils assez élastiques pour en permettre l'adoption.

## CHAPITRE V

### Essai d'une théorie nouvelle de l'incompétence

La théorie classique ne répondant pas aux nécessités pratiques, n'exprimant pas le droit en vigueur en France ni à l'Etranger, n'étant imposée ni par la tradition, ni par la loi elle-même, doit être abandonnée pour une nouvelle théorie de l'incompétence conforme aux tendances de la jurisprudence et du droit actuel, qui cherche à tenir compte le plus possible de l'intérêt des plaideurs, lequel veut le respect des situations acquises.

Comme la théorie classique de la nullité, la théorie classique de l'incompétence repose sur une notion très arbitraire. L'une considère la nullité comme une qualité de certains actes, qui entraîne forcément certains attributs. L'autre considère la compétence comme la qualité d'un juge ou d'un tribunal, qui entraîne forcément certaines conséquences.

L'incompétence ainsi que le fait remarquer très justement M. Japiot (1) se rapproche d'ailleurs beaucoup de la nullité, puisqu'elle se traduit en somme par la nullité de la

(1) Japiot, art. dans la *Rev. trim. de droit civil,* année 1912, p. 225 et suiv.

citation, de la procédure engagée, ou même de la sentence rendue.

Comme la nullité, elle est la violation d'une prescription légale, mais d'une prescription d'une nature particulière, d'une disposition par laquelle le législateur prescrit de porter une catégorie de contestations devant un tribunal déterminé; en un mot l'incompétence est la violation d'une règle de compétence.

En effet le législateur a fixé d'une manière précise les attributions respectives des diverses espèces de juridictions (cours d'appel, tribunaux d'arrondissement, de commerce, justices de paix, conseils de prud'hommes) de chacun des tribunaux composant ces juridictions, et dans les tribunaux comprenant plusieurs Chambres, de chacune de ces Chambres. Les règles qui déterminent ces attributions constituent ce que l'on appelle des règles de compétence. Lorsque les parties ne s'adressent pas à la juridiction ou au tribunal à qui le législateur a attribué la connaissance du litige qui les divise; lorsque le Président du tribunal ne renvoie pas ce litige devant la Chambre qui doit en être saisie, le tribunal ou la Chambre appelée à statuer sont incompétents parce que précisément on a violé une règle attributive de juridiction, une règle de compétence. L'incompétence est donc bien la violation d'une règle de compétence.

De cette analogie entre l'incompétence et la nullité, résulte nécessairement une analogie entre les conséquences de l'une et de l'autre. La nullité autorise certaines personnes à critiquer l'acte nul, elle ouvre en d'autres termes à certaines personnes un droit de critique vis à vis de l'acte nul. De même l'incompétence autorise ou oblige certaines personnes à critiquer la compétence du juge ou du tribunal irrégulièrement saisi.

Le défendeur et quelquefois le demandeur, ou des tiers appelés à prendre part au procès (tiers appelés en garan-

tie, etc...) peuvent conclure à ce que le tribunal saisi du litige, reconnaissant qu'il a été saisi à tort et contrairement aux règles de compétence, se déclare incompétent. Ces personnes ont un droit de critique vis à vis de la compétence de la juridiction, du tribunal ou de la Chambre irrégulièrement saisie du litige.

En outre, la violation de la loi qui constitue l'incompétence peut obliger le ministère public à conclure à ce que le tribunal irrégulièrement saisi se déclare incompétent lorsque les parties n'usent pas du droit de critique qui leur appartient.

Elle peut obliger enfin le tribunal à reconnaître lui-même d'office son incompétence, lorsque les parties n'usent pas de leur droit de critique, et que d'autre part le Ministère public n'a pas conclu au renvoi ou n'est pas représenté près de la juridiction incompétente.

Le droit de critique, qui n'est qu'un droit pour les parties, devient en quelque sorte une obligation pour le Ministère public ou pour le tribunal.

Par suite, la question de l'incompétence se ramène en fait à la solution de quatre questions essentielles :

On doit se demander d'abord quelles personnes sont en droit de critiquer la compétence du tribunal irrégulièrement saisi, et si le Ministère public ou le tribunal sont dans l'obligation de soulever eux aussi la question de compétence. La première question à résoudre peut donc se formuler ainsi : Quelles sont les personnes qui ont le droit, ou le devoir de critiquer la compétence du tribunal irrégulièrement saisi ? Quels sont les sujets actifs du droit ou de l'obligation de critique?

Il importe de rechercher ensuite si les personnes qui peuvent ou doivent invoquer l'incompétence peuvent le faire à l'encontre de toutes les personnes intéressées à la contestation pendante devant le tribunal incompétent, ou si cer-

taines d'entr'elles peuvent s'opposer à ce que vis à vis d'elles le tribunal se reconnaisse incompétent. La seconde question à résoudre est donc celle des sujets passifs du droit de critique.

Puis il y a lieu de déterminer à quelles conditions les sujets actifs peuvent ou doivent exercer leur droit ou leur obligation, en d'autres termes, comment s'exerce le droit de critique, l'obligation de critique. C'est la troisième question.

Ce droit, cette obligation peuvent-ils être exercés à n'importe quel moment. Ne doit-on pas au contraire en user ou l'exercer dans certains délais dont l'expiration entraîne la forclusion du droit, l'extinction de l'obligation. Comment en résumé s'éteignent le droit, l'obligation de critique, telle est la quatrième question à résoudre dans une nouvelle théorie de l'incompétence, où l'on repousse la distinction à priori de l'incompétence absolue et de l'incompétence relative.

De ces quatre questions il en est une qui ne présente qu'un intérêt secondaire, parce que, quelle que soit la règle de compétence méconnue, sa solution demeure toujours identique: c'est la question des formes requises pour l'exercice du droit de critique. Le droit de critique s'exerce au moyen d'une exception, l'exception d'incompétence, par laquelle la partie qui veut exercer le droit de critique, décline la juridiction du tribunal incompétent et demande le renvoi de la cause devant celui qui aurait dû être saisi. Les parties usent de cette exception en prenant, devant le tribunal irrégulièrement saisi, des conclusions tendant à ce que ce dernier se déclare incompétent.

Le Ministère public doit agir de même dans les cas où il est tenu de décliner la compétence du tribunal irrégulièrement saisi. Lorsqu'il sera appelé à donner ses conclusions dans l'affaire, il concluera à ce que le tribunal incompétent

reconnaisse qu'il est irrégulièrement saisi et renvoie la cause devant le juge qui doit en connaître. En effet la loi qui ne définit nulle part le rôle du Ministère public, lorsqu'une question de compétence s'agite devant un tribunal, ne détermine pas non plus comment il doit critiquer la compétence du tribunal irrégulièrement saisi. En présence du silence du législateur, ce sont les règles générales sur l'organisation judiciaire qui doivent être suivies.

Le Ministère public ne pourrait par suite prétendre, même lorsque l'incompétence est susceptible d'être invoquée en tout état de cause, faire citer les parties au procès à comparaître devant le tribunal pour ouïr ce dernier se déclarer incompétent; il ne peut user de son droit de critique, que lorsque le développement de la procédure l'amène à prendre des conclusions.

Enfin, le tribunal irrégulièrement saisi critique sa propre compétence, en se déclarant d'office incompétent, par un jugement motivé, rendu dans la forme ordinaire des jugements. Mais, de même que le Ministère public ne peut user de son droit de critique que lorsqu'il est appelé à prendre des conclusions, il ne peut se déclarer d'office incompétent que si la marche de la procédure l'amène à rendre une décision. Le juge, dans notre procédure, a un rôle essentiellement passif, et un juge ne pourrait jamais inviter les parties à se présenter devant lui, si elles n'y étaient pas régulièrement amenées, pour l'entendre prononcer sa propre incompétence.

Sous l'ancien régime, l'usage avait admis, pour certains tribunaux, le droit de revendiquer leurs justiciables, de les ramener de gré ou de force devant eux, lorsqu'ils portaient leur litige devant un autre tribunal, de leur faire défense de plaider devant d'autres juges que leur juge naturel. Ce système, qui semble avoir été d'abord introduit dans la lutte entamée pour l'extension des pouvoirs du juge royal au

détriment de celui des juges seigneuriaux et ecclésiastiques s'est maintenu par suite de la vénalité des offices.

Si, en effet, les parties venaient à saisir un juge d'un litige dont la connaissance ne lui appartenait point, elles privaient de ses épices le juge qui aurait dû légalement en connaître. On s'explique dès lors que les juges se soient montrés plutôt enclins à user de ces évocations qui leur permettaient d'enlever à des collègues plus favorisés les causes dont la connaissance leur appartenait.

Aussi, c'était un moyen courant sous l'ancien régime, que de se prévaloir d'une incompétence, en saisissant le tribunal compétent et en concluant à ce qu'il évoquât devant lui l'affaire pendante devant la juridiction incompétente.

La Révolution, en supprimant la vénalité des offices, a aboli en même temps et expressément le droit d'évocation du tribunal compétent. Aujourd'hui les parties ne pourraient plus, comme sous l'ancien régime, soumettre un litige pendant devant un tribunal incompétent au tribunal qui doit en connaître légalement et demander à ce dernier d'évoquer la cause. Saisi dans ces conditions, le tribunal devrait, si grave que soit l'incompétence du tribunal saisi en premier lieu, renvoyer devant ce tribunal pour litispendance.

La solution des autres problèmes que soulève la question de l'incompétence dépend, comme pour les nullités, de l'importance de la violation de la prescription légale commise par le demandeur qui a porté son action devant un tribunal incompétent, par le président qui n'a pas renvoyé le litige devant la Chambre qualifiée pour en connaître.

Il est évident que, si la violation de la règle attributive de juridiction compromet l'ordre public, ceux qui pourront ou devront se prévaloir de l'incompétence seront plus nombreux, et l'extinction du droit ou de l'obligation de critique plus tardive que si la violation privait simplement les parties d'une garantie à elles accordée par le législateur.

Pour déterminer l'importance d'une règle de compétence, il faut s'attacher aux raisons d'être de son institution : certaines règles de compétence ont été introduites uniquement dans l'intérêt particulier des parties (principe du double degré de juridiction par exemple), d'autres pour assurer la meilleure administration de la justice (création des tribunaux de commerce pour juger les affaires commerciales).

Très souvent, d'ailleurs, le législateur en édictant une règle de compétence a en vue à la fois la protection d'intérêts particuliers, et la bonne administration de la justice. On peut alors s'attacher aux conséquences de la violation commise par le demandeur qui a saisi un tribunal incompétent. Cette violation prive-t-elle simplement les parties d'une garantie introduite en leur faveur, risque-t-elle de compromettre, ou compromet-elle même la bonne administration de la justice, porte-t-elle atteinte à l'ordre public, etc...? Autant de questions que l'on peut se poser pour déterminer d'une façon précise par quelles personnes et contre quelles personnes peut être exercé le droit de critique et dans quel délai il doit l'être.

Mais avant de déterminer, pour chaque cas d'incompétence, quelles sont les personnes qui peuvent ou doivent exercer le droit de critique, contre qui ce droit peut être exercé et dans quel délai il doit l'être, nous croyons devoir écarter un certain nombre d'hypothèses où on a voulu voir une incompétence, et où, à notre avis, il n'y a pas d'incompétence.

Ainsi, lorsqu'une affaire qui aurait dû être portée en audience ordinaire a été portée en audience solennelle, ou inversement, lorsqu'une affaire qui aurait dû être jugée en Chambre du Conseil a été jugée en audience ordinaire, le vice qui affecte la procédure engagée et la décision rendue ne tient pas à l'incompétence, il est simplement un vice de forme. La loi, en prescrivant de porter

certaines affaires en audience solennelle a simplement prescrit l'observation de certaines formes non exigées pour les affaires jugées en audience ordinaire. Si une affaire est portée en audience solennelle alors qu'elle aurait dû être portée en audience ordinaire, il y a excès de forme. Dans le cas inverse, la procédure est entachée de nullité par suite de l'inobservation des formes prescrites.

Enfin, lorsque les parties ont convenu de soumettre leur différend à l'arbitrage et que le demandeur saisit néanmoins le tribunal compétent, le défendeur est évidemment en droit de réclamer l'exécution de la convention d'arbitrage, mais le tribunal saisi ne peut être considéré comme incompétent.

Dans tous les autres cas où une affaire n'est pas portée devant la juridiction, le tribunal ou la Chambre qui aurait dû en connaître, aux termes de la loi, il y a bien incompétence.

Pour solutionner dans ces diverses hypothèses, les questions que soulève l'incompétence, nous partirons de l'hypothèse la plus simple, celle où le litige a été porté devant un tribunal d'arrondissement non désigné par la loi pour en connaître, les parties étant supposées être des personnes réelles, maîtresses de leurs droits et non absentes, aucun tiers d'autre part ne se trouvant intéressé à la contestation (1).

§ 1. — Le droit de critique n'appartient qu'aux parties et aux tiers appelés en garantie, il s'éteint par la renonciation expresse ou tacite.

(1) Certaines contestations sont en effet de nature à intéresser de nombreuses personnes qui peuvent ne pas être parties au procès; telles sont les faillites, les séparations de biens, les saisies, etc...

a) *Quels sont les titulaires du droit de critique*

Les textes dans lesquels le législateur détermine, entre tous les tribunaux d'un même ordre de juridiction, celui que les parties doivent choisir pour y porter leurs différends, ne contiennent généralement que des dispositions en faveur des parties; tel est le cas de la plupart des dispositions contenues dans les articles 2 et 3, 59, 420 du Code de procédure civile. Le législateur a choisi le tribunal qui lui semblait devoir, de par la nature de la cause, la juger le plus vite et à moins de frais : en matière personnelle, le tribunal du domicile du défendeur, parce que dans l'esprit de notre législation c'est le défendeur qui est présumé être dans son droit; c'est pourquoi la loi laisse généralement au demandeur la charge de la preuve, c'est pourquoi elle lui impose l'obligation de saisir le tribunal du domicile du défendeur; — en matière réelle, le tribunal de la situation des biens litigieux, parce que, si le tribunal doit prescrire des enquêtes, des descentes sur les lieux, ces enquêtes ou descentes sur les lieux seront plus facilement faites par le tribunal de la situation des biens.

La violation d'un de ces textes, prive donc simplement les parties d'une règle de compétence introduite en leur faveur.

Lorsque le demandeur, en citant son adversaire, a simplement contrevenu à l'une des dispositions de l'article 59 du Code de procédure civile, c'est-à-dire lorsqu'il l'a cité devant un tribunal d'arrondissement qui n'était pas désigné pour connaître du litige, et que par ailleurs aucune des personnes dont la loi charge le Ministère public de protéger les intérêts n'est partie au procès, aucun tiers ne se trouve intéressé au débat (comme ce serait le cas pour une faillite, une séparation de biens, une saisie immobilière), le

droit de critique n'appartient qu'aux parties et aux tiers qui seront appelés en garantie par l'une d'elles.

Nous disons : aux parties. Dans le système de la doctrine classique, seul le défendeur peut, dans ce cas, se prévaloir de l'incompétence ; pour nous, théoriquement, le droit de critique appartient au demandeur aussi bien qu'au défendeur, parce que si la règle *actor sequitur forum rei* est introduite surtout en faveur du défendeur, les autres règles de compétence telles celles qui prescrivent, en matière réelle, de saisir le juge de la situation, en matière de succession, de saisir le juge du lieu où la succession s'est ouverte, etc., sont aussi bien faites dans son intérêt que dans celui du défendeur, ou du moins il a autant d'intérêt que lui à les voir respecter. Mais le demandeur ne peut généralement exercer son droit de critique contre les autres parties en cause et ce pour les raisons que nous exposerons ci-dessous, c'est pourquoi il paraît en fait ne pouvoir bénéficier de ce droit.

Le droit de critique doit être ouvert également aux tiers qui seraient appelés en garantie par l'une des parties. La loi les prive du bénéfice des règles de compétence contenues dans l'article 59 du Code de procédure civile, l'article 59, alinéa 8 et l'article 181 prescrivant en effet de le citer devant le tribunal où la demande originaire est pendante.

La loi, cependant, ne veut que faciliter la solution du procès, en évitant la dispersion des affaires entre les tribunaux différents, et n'autorise pas les parties à priver, pour leur seul intérêt personnel, le tiers appelé en garantie du bénéfice des règles de compétence introduites en faveur des plaideurs ; si donc il apparaît soit par écrit soit par l'évidence même des faits, que la demande originaire n'a été formée que pour le traduire hors de son tribunal, il peut demander son renvoi devant celui-ci (C. p. c. art. 181).

L'article 59, § 8 et l'article 181 n'obligent, d'ailleurs, les

tiers à plaider que devant le tribunal compétent pour la demande principale, ne les prive que du droit d'être, entre tous les tribunaux identiques, traduit devant celui déterminé par la loi (tribunal du domicile en principe, tribunal du lieu de la situation de l'objet litigieux, etc.). Mais, si le défendeur lui-même avait été cité devant un tribunal incompétent, le tiers appelé en garantie serait en droit de se plaindre de ce qu'il a été privé du juge qui aurait dû connaître du litige, alors qu'aucun texte de la loi ne lui impose le juge saisi de la demande principale. La convention expresse ou tacite par laquelle les parties ont accepté la juridiction de ce juge lui est étrangère en vertu de la maxime : *res inter alia aliis neque nocet neque prodest*, si du moins il n'y a pas été lui-même partie.

Les tiers appelés en garantie sont, d'ailleurs, avec les parties, les seules personnes qui dans l'hypothèse envisagée, peuvent critiquer la compétence du tribunal irrégulièrement saisi. Sans doute la loi, assez imprécise sur cette question, ne le dit pas expressément, mais cette limitation est imposée par la logique qui doit suppléer aux lacunes et aux imprécisions de la loi.

En effet, les tiers demandant à intervenir dans un débat où ils sont intéressés, ou cités en intervention par les parties, n'interviennent que pour sauvegarder leurs droits, pour défendre leurs intérêts, dans une instance déjà engagée, et non comme partie principale, dans un procès qu'ils feraient ou qui leur serait fait. Les questions de compétence leur sont et doivent leur demeurer étrangères. Ils n'ont pas à s'en préoccuper.

D'autre part, ils n'ont aucun intérêt à faire valoir pour justifier leur demande de renvoi au tribunal compétent, parce que, lors de leur intervention ou de leur mise en cause, l'incompétence est couverte à l'égard des parties et la cause définitivement engagée devant le tribunal

irrégulièrement saisi. (Voyez ci-dessous, page 142).

Il faudrait faire exception, toutefois, pour le cas où la mise en cause d'un tiers par les parties devant un tribunal incompétent n'aurait eu d'autre but que de priver celui-ci du bénéfice d'une des dispositions de l'article 59 du C. p. c. Dans ce cas le tiers serait, sans aucun doute, en droit de critiquer la compétence du tribunal saisi, par application extensive de l'article 181 du Code de procédure civile.

Quant aux tiers faisant tierce opposition à un jugement ou à un arrêt leur portant préjudice, ils ne peuvent, en aucun cas, se prévaloir de l'incompétence. La question de compétence leur est et leur demeure étrangère, comme pour les tiers intervenant au cours d'une instance. Eux non plus, d'autre part, n'ont aucun intérêt à faire valoir pour justifier le droit de critique qu'ils prétendraient exercer. Non seulement la cause est définitivement et régulièrement jugée par le tribunal incompétent, mais en outre le jugement frappé de tierce opposition n'est rétracté que dans l'intérêt des tiers opposant, en tant que contraire à leurs droits, et conserve ses effets et l'autorité de la chose jugée entre les parties qui y ont figuré. Le jugement étant définitif entre les parties, la question de sa validité au point de vue de la compétence du tribunal qui l'a rendu ne saurait être remise à nouveau en discussion.

Enfin le Ministère public n'est pas tenu de critiquer la compétence d'un tribunal irrégulièrement saisi, ni le tribunal de relever sa propre incompétence. C'est aux parties seules qu'appartient ce droit.

Étant donné le rôle essentiellement passif confié au juge dans l'esprit de notre procédure civile, on ne voit pas pour quelle raison, un juge pourrait, sans en être saisi par les parties, statuer sur une question de compétence, alors que cette question intéresse uniquement les parties. Le Ministère public, qui représente la société devant les juridictions

où il a été institué, ne pourrait prétendre soulever une question de compétence qui, n'ayant d'autre effet que de priver les parties d'une règle introduite en leur faveur, n'intéresse pas la société.

b). — *Sujets passifs du droit de critique.*

La question des sujets passifs du droit de critique ne se pose pas dans le système de la théorie classique. Les parties peuvent invoquer l'incompétence contre toute personne partie au procès. Pour nous l'incompétence se traduisant par un droit de critique, la question des sujets passifs se pose tout naturellement.

Le défendeur et le tiers appelés en garantie peuvent toujours exercer leur droit de critique quelles que soient les autres personnes parties au procès, si du moins ils n'y ont pas antérieurement renoncé.

Le demandeur, au contraire, bien que titulaire du droit de critique au même titre que le défendeur, ne peut exercer son droit contre les autres parties au procès, parce qu'il est lui même cause de l'incompétence : le fait qu'il a saisi le tribunal incompétent laisse présumer qu'il a accepté la juridiction de ce tribunal et lui interdit de revenir sur son acceptation tacite, ou sur ce qui est considéré comme tel par les autres parties.

Mais il pourrait néanmoins user de son droit de critique en prouvant qu'il n'a agi ainsi que par suite de dol ou de violence. La loi qui ne contient aucun texte permettant d'appuyer une telle demande, ne contient non plus aucun texte interdisant à un juge de la recevoir, et il serait injuste de mettre un plaideur victime d'une violence, d'une manœuvre frauduleuse, dans l'impossibilité de faire juger une contestation, par le juge compétent pour en connaître.

L'erreur ne pourrait au contraire être considérée comme

devant permettre au demandeur d'user de son droit de critique, parce qu'une erreur de sa part est inadmissible devant une juridiction, où la représentation est toujours imposée aux parties. Si le demandeur avait entendu ne pas accepter la juridiction du tribunal saisi, il devrait user de l'action en désaveu, contre son avoué.

c). — *Comment s'étend le droit de critique*

Quant aux causes qui entraînent la forclusion du droit de critique, elles sont assez variées, mais équivalent toutes à une renonciation volontaire.

La renonciation volontaire, sous quelque forme qu'elle se présente, équivaut en fait à une acceptation de la juridiction du tribunal incompétent, et non, comme l'on pourrait être tenté de le dire à une reconnaissance de sa compétence : en renonçant à se plaindre de la violation d'une règle de juridiction, à se faire une exception du fait que le tribunal qu'ils doivent saisir ou qui a été saisi n'a pas qualité pour connaître du litige, les plaideurs consentent en fait à ce que leur différent soit jugé par ce tribunal bien qu'il soit incompétent.

Cette renonciation, d'ailleurs, peut être, soit expresse, soit simplement tacite.

Expresse, elle peut résulter d'une convention faite avant tout litige. Dans une convention, dans un contrat, dans un acte quelconque, des parties en présence conviennent que, au cas où des contestations s'élèveraient entre elles au cours de l'exécution de la convention ou du contrat, ou même à l'occasion de n'importe quelle affaire, ces contestations seront jugées par tel tribunal, quel que soit en fait le tribunal compétent.

Il est très fréquent, par exemple, dans les contrats passés par les sociétés, d'insérer une clause par laquelle les parties

conviennent en cas de contestation, de saisir le tribunal du siège social de la société, quelle que soit la partie défenderesse.

Ces conventions, au lieu d'être faites avant tout litige, peuvent n'intervenir que lorsque le litige est né, lorsqu'une contestation s'est élevée entre les parties, mais alors que le procès n'est pas encore entamé (attribution de juridiction au siège social, bien que le client soit défendeur). Ces conventions, à la différence des précédentes, sont moins fréquentes dans la pratique ; on en peut cependant trouver des exemples.

Dans l'un comme dans l'autre cas, ces conventions équivalent en fait à une renonciation, anticipée il est vrai, mais renonciation quand même, à se prévaloir de l'incompétence du tribunal irrégulièrement saisi, à se plaindre de la violation d'une règle attributive de juridiction, à l'exercice du droit de critique.

Ces différentes formes de renonciation ne sont pas expressément admises par la loi, en tant que moyens d'extinction du droit de critiquer la compétence. Mais la possibilité de leur emploi ne nous semble pas pouvoir être mise en doute ; s'il est toujours permis de renoncer à une règle ou à une garantie introduite en sa faveur, sans nul doute, cette renonciation peut avoir lieu en matière de procédure civile, et en particulier pour la renonciation à une règle de compétence introduite par la loi en faveur des parties ; il n'est pas douteux non plus, que cette renonciation puisse avoir lieu avant que l'on soit à même de bénéficier de la règle, au bénéfice de laquelle on renonce, comme après.

Si la violation est commise, les parties peuvent encore par une déclaration expresse, renoncer à se prévaloir de l'incompétence. Cette renonciation peut être contenue, par exemple, dans des conclusions par lesquelles le défendeur,

irrégulièrement cité devant un tribunal incompétent, relève l'incompétence du tribunal, mais déclare ne pas vouloir s'en faire un moyen d'exception et consent au contraire à plaider devant ce tribunal.

Mais, le plus souvent, dans ce cas, la renonciation est tacite. Elle résulte simplement d'actes des parties laissant présumer qu'elles renoncent à exercer le droit de critique ; si, par exemple, le demandeur ne peut le plus souvent se prévaloir de l'incompétence, aussi bien que le défendeur, s'il se trouve généralement forclos du droit de critique, c'est parce que le fait, pour lui, de saisir un tribunal incompétent laisse présumer qu'il accepte la juridiction du tribunal qu'il a saisi, qu'il renonce à exercer son droit de critique.

Ce n'est point là, d'ailleurs, le seul acte duquel on peut conclure à une renonciation tacite des parties à se prévaloir de l'incompétence ; ces actes sont beaucoup plus nombreux. Nous avons eu l'occasion de les énumérer, en esquissant les caractères de l'incompétence relative, telle que la théorie classique la conçoit généralement. L'incompétence, par exemple, ne peut plus être invoquée après les autres exceptions, sauf l'exception de caution à fournir par les étrangers qui veulent plaider en France ; après une demande en nullité d'exploit, une demande en communication des pièces, à moins qu'elle soit faite simplement pour baser la demande de renvoi devant le tribunal compétent, après enfin la signification des défenses au fond. L'incompétence est également couverte par un appel en garantie, par l'acte d'opposition, s'il ne contient pas de conclusions tendant au renvoi devant le tribunal compétent, par des conclusions en termes généraux, même prises à l'audience et non encore signifiées.

C'est ce que la loi exprime en disant que la demande en renvoi doit être formée préalablement à toute autre excep-

tion ou défense. La formule n'est d'ailleurs pas très précise, et les parties pourraient, aussi bien, tant qu'elles peuvent modifier leurs conclusions, ajouter à leurs conclusions primitives des conclusions tendant au prononcé de l'incompétence, sans que ce procédé put être considéré comme contraire aux prescriptions de la loi, qui ne l'interdit nulle part et l'admet même parfois expressément (Art. 425 du C. p. c.).

Mais lorsque les parties ont saisi un tribunal d'arrondissement incompétent, on doit considérer le fait d'opposer une défense ou une autre exception que l'exception d'incompétence, comme éteignant le droit de critique du plaideur qui a proposé l'exception ou la défense, parce que, ce faisant, il accepte implicitement la juridiction du tribunal incompétent. Si l'on estime que le tribunal devant lequel on est cité est incompétent, et que l'on veuille réclamer son juge ou bénéficier de la garantie ou de la règle dont on est privé, on commence par le faire avant d'entamer toute autre discussion.

Quant à la question de savoir si, lorsque les parties sont en droit de se plaindre de la violation de plusieurs règles de compétence, l'incompétence la moins grave doit être couverte par l'incompétence la plus grave ; elle ne se pose pas pour nous, qui ne distinguons pas deux espèces d'incompétence, l'une absolue, l'autre relative. Nous admettrons simplement que les différentes espèces d'incompétence ne doivent pas être nécessairement invoquées simultanément, mais peuvent l'être successivement et sans qu'aucun ordre puisse, faute de texte légal, être imposé aux parties.

L'incompétence, enfin, peut se couvrir parfois par un acquiescement. Si, en effet, le litige a été porté devant un tribunal qui n'avait pas qualité pour en connaître et si l'une des parties en cause s'est plainte de la violation de la règle de compétence, l'acquiescement au jugement rendu

par le tribunal sur la compétence, couvre le vice qui entachait la procédure engagée devant lui. Cet acquiescement équivaut en fait à une acceptation de la juridiction du tribunal compétent, à une renonciation à critiquer postérieurement sa compétence.

A défaut d'acquiescement exprès l'incompétence serait également couverte, dans ce cas, si les parties négligeaient d'attaquer par les voies de recours légales (appel ou pourvoi en cassation), la décision rendue sur la compétence, et continuaient le procès devant le tribunal irrégulièrement saisi en défendant au fond. En effet, en continuant la procédure, les parties acquiescent en fait tacitement au jugement rendu sur la compétence. Elles acceptent tacitement la juridiction du tribunal saisi et sont non recevables à se prévaloir à nouveau, par la suite, de la violation d'une règle de compétence dont elles ont tacitement renoncé à se prévaloir.

La renonciation, lorsqu'elle est faite par convention expresse ou par acquiescement, est soumise naturellement aux conditions générales des conventions ou de l'acquiescement. En outre, qu'elle soit expresse ou tacite, et sous quelque forme qu'elle soit faite, elle est subordonnée à un certain nombre de conditions que la loi n'a d'ailleurs énumérées et précisées nulle part, et qui ne sont que l'application, au cas très spécial de l'incompétence, des principes admis dans une hypothèse très voisine, celle des nullités.

Comme la renonciation à une nullité, la renonciation à se prévaloir de l'incompétence doit en effet, il est à peine besoin de le dire, être exempte de vices qui puissent la rendre annulable. Une renonciation obtenue par dol, violence ou crainte, serait nulle à votre avis, et, en faisant la preuve du dol, de la violence ou de la crainte, son auteur pourrait revenir sur elle et demander son renvoi, à quelque phase que l'on fût de la procédure, à moins que le vice

n'eût été couvert par d'autres manières où la volonté des parties n'entre pas en jeu, ou la renonciation viciée confirmée par une renonciation exempte de vice.

La renonciation doit avoir été faite également en connaissance de cause. Devant les tribunaux d'arrondissement où la représentation est obligatoire, elle le sera d'ailleurs toujours, et une partie ne serait pas recevable, à notre avis, à demander son renvoi, par suite d'une erreur de sa part, au sujet de la compétence du tribunal saisi.

La loi n'impose aucune forme particulière à la renonciation des parties. Si elle est expresse et faite par convention, il est toutefois évident qu'elle est soumise aux conditions ordinaires de forme des contrats ; si elle résulte d'un acquiescement exprès, elle est soumise aux conditions de forme de l'acquiescement.

La renonciation, sous quelque forme qu'elle soit intervenue, couvre le vice d'incompétence qui entachait la procédure engagée devant le tribunal irrégulièrement saisi. Celui qui a renoncé à se prévaloir de l'incompétence ne peut plus l'invoquer à nouveau par la suite, et demander son renvoi au tribunal compétent. Mais elle ne s'impose aux autres parties qu'autant que celles-ci n'ont pas un droit propre à se prévaloir de l'incompétence.

De plus, tant que l'instance n'est pas engagée devant le tribunal incompétent, par une citation devant ce tribunal, rien n'empêche les parties de revenir sur leur renonciation, car on peut toujours par une nouvelle convention détruire une convention contraire antérieure. Cette nouvelle convention pourrait même être tacite et résulter pour le demandeur de ce qu'il a saisi le tribunal compétent au lieu de celui déterminé par les parties, pour le défendeur de ce qu'il n'a pas demandé l'exécution de la clause par laquelle juridiction avait été attribuée à un autre tribunal.

En résumé, lorsqu'une affaire a été porté devant un autre

tribunal d'arrondissement que celui désigné par l'une des dispositions de l'article 59 du C. p. c., le droit de critiquer la compétence du tribunal saisi n'appartient qu'aux parties et aux tiers appelés en garantie. Il ne peut être exercé par le demandeur contre les autres parties, que s'il a saisi le tribunal incompétent par suite de dol ou de violence. Il s'éteint par la renonciation expresse ou tacite antérieure ou postérieure à la naissance du litige, l'acquiescement exprès ou tacite à un jugement par lequel le tribunal irrégulièrement saisi se déclare compétent, le tout, sous réserve qu'il n'y ait en cause que des personnes réelles, maîtresses de leurs droits, et non absentes, et qu'aucun tiers ne se trouve intéressé au procès.

Le droit de critique est soumis à peu près aux mêmes règles, lorsqu'une contestation entre étrangers est portée devant un tribunal français ou lorsque la disposition, à laquelle il a été contrevenu, est l'une de celles contenues dans l'article 420 du C. p. c. qui détermine le tribunal à saisir entre les différents tribunaux de commerce, à condition, toujours, qu'il n'y ait en cause que des personnes réelles, maîtresses de leurs droits et non absentes et qu'aucun tiers ne soit intéressé à la contestation. Toutefois en raison du fait que devant la juridiction commerciale, la représention n'est pas obligatoire, le demandeur pourrait prétendre exercer son droit de critique, en prouvant que c'est par erreur qu'il a cité son adversaire devant la juridiction commerciale, le défendeur en prouvant qu'il ignorait l'incompétence du tribunal de commerce, et n'a gardé le silence que dans cette ignorance.

## § 2. — Le droit de critique est étendu au Ministère public

Entre l'hypothèse où l'incompétence a tous les caractères que la théorie classique attache à l'incompétence relative, et celle où elle aura tous les caractères attachés par cette théorie à l'incompétence absolue, se place une série d'hypothèses intermédiaires par lesquelles on se rapproche peu à peu de cette dernière hypothèse.

Dans certains cas par exemple, le droit de critique ouvert seulement aux parties et aux tiers appelés en garantie, dans l'hypothèse précédente, s'étend au Ministère public. Le droit devient d'ailleurs pour lui une obligation, en ce sens qu'il n'est pas maître de l'exercer ou de ne pas l'exercer. C'est lorsque des personnes dont la loi le charge de protéger les intérêts se trouvent parties au procès.

### a) *Dans quel cas le Ministère public doit-il critiquer la compétence*

La loi, en effet, a confié au Ministère public la protection des intérêts des incapables, des absents, de l'État, des départements, des communes, des établissements publics et en général de toutes les personnes réelles ou fictives, qui ne peuvent agir elles-mêmes et risquent d'être mal défendues par les personnes chargées de les représenter : toutes ces causes sont communicables au Ministère public.

C'est pourquoi, si une cause où ces personnes sont parties est portée devant un tribunal incompétent, et bien que la violation de la règle attributive de juridiction prive simplement les parties d'une règle de compétence introduite uniquement en leur faveur, le Ministère public a le

devoir de se prévaloir de l'incompétence, dans l'intérêt des mineurs, des absents ou des personnes morales dont il a la protection, si, du moins, il lui apparaît que l'intérêt de ces incapables, de ces absents ou de ces personnes morales puisse être compromis, du fait que le litige où ils sont intéressés n'a pas été porté devant le tribunal compétent.

La loi, il est vrai, n'impose nulle part au Ministère public l'obligation de soulever lui-même la question de compétence dans de telles circonstances. Elle prescrit simplement de lui communiquer les déclinatoires sur incompétence (art. 83 C.p.c. 3°) mais nulle part elle n'interdit au Ministère public de se prévaloir d'office de l'incompétence en cas de silence des parties.

Or, le Ministère public peut toujours faire des réquisitions dans l'intérêt des parties, et l'on considère généralement qu'il est tenu de faire connaître ses conclusions toutes les fois qu'il s'agit d'une cause communicable. Ce dernier doit donc donner ses conclusions, et s'il estime que la question de compétence doit être soulevée, il doit la soulever.

Nous avons dit, il est vrai, que le Ministère public était tenu de critiquer la compétence du tribunal irrégulièrement saisi, ou en d'autres termes que le droit de critique, simple faculté pour les parties, devenait pour lui une obligation.

Or dans l'espèce il semble que le Ministère public ait la faculté de critiquer ou de ne pas critiquer la compétence du tribunal irrégulièrement saisi.

Mais il ne faut pas se méprendre sur le sens des mots. Le Ministère public, à la différence des parties, n'est pas libre de critiquer ou de ne pas critiquer la compétence du tribunal irrégulièrement saisi. Quand il doit critiquer la compétence, il est toujours tenu de le faire. Mais, dans l'espèce, son obligation est subordonnée à la réalisation

d'une condition : les intérêts des incapables, des absents, des personnes morales publiques exigent que la cause soit renvoyée au tribunal compétent, et cette condition, c'est au Ministère public d'apprécier si elle est ou non réalisée.

Par une extension du droit du Ministère public de se prévaloir de l'incompétence, lorsque cette dernière compromet les intérêts des personnes morales, des incapables ou des absents dont il a la protection, nous croyons devoir lui reconnaître également, et dans les mêmes conditions, le droit de se plaindre de la violation d'une règle attributive de juridiction lorsque cette violation peut compromettre, non plus l'intérêt des personnes morales, d'incapables ou d'absents, mais l'intérêt de tiers non parties au procès, qui peuvent ignorer le procès, du fait qu'il n'a pas été porté devant le tribunal déterminé par la loi, et être, de ce fait, mis dans l'impossibilité de se présenter devant ce tribunal pour y défendre leurs droits ou leurs intérêts : c'est le cas en particulier pour une faillite portée devant un autre tribunal que celui du domicile du failli, pour une séparation de biens portée devant un autre tribunal que celui du domicile du mari, ou pour une demande de saisie immobilière portée devant un autre tribunal que celui de la situation des biens saisis. Il en serait de même d'une succession portée devant un autre tribunal que celui déterminé par l'article 59 du C.p.c. et en général de toutes causes où des tiers peuvent être intéressés.

La loi, ici encore, ne lui impose nulle part, l'obligation de critiquer la compétence des tribunaux irrégulièrement saisis, mais le Ministère public, ainsi que nous le rappelons plus haut, peut toujours faire des réquisitions dans l'intérêt des parties et à plus forte raison, croyons-nous, dans l'intérêt de personnes intéressées au procès et qui n'y seraient pas représentées.

Le Ministère public représente le pouvoir exécutif, la société en justice, et c'est son devoir de prendre la défense des intérêts de tous les citoyens qui ne sont pas à même de les défendre personnellement.

### b) *Comment s'éteint l'obligation de critique du Ministère public*

L'obligation de critiquer la compétence du tribunal irrégulièrement saisi, s'éteint pour le Ministère public, du fait qu'il n'a pas demandé au tribunal de se déclarer incompétent, au moment où il a été appelé à donner ses conclusions.

Le Ministère public n'étant tenu, dans l'hypothèse envisagée, d'invoquer l'incompétence que dans certaines conditions, ce mode d'extinction équivaut à une renonciation à critiquer la compétence du tribunal irrégulièrement saisi. Mais à la différence de la renonciation des parties, la renonciation du Ministère public ne peut être considérée comme une acceptation de la juridiction du tribunal incompétent. Cette acceptation n'aurait aucun sens de sa part ; le Ministère public n'étant pas partie au procès, n'a pas à accepter ou à repousser la juridiction du tribunal saisi par le demandeur.

En renonçant, il estime simplement que la renonciation antérieure des parties à se prévaloir de l'incompétence ne risque pas de compromettre, soit l'intérêt de tiers non parties au procès, soit celui d'incapables, d'absents ou de personnes morales publiques en cause.

Cette renonciation est généralement tacite, puisqu'elle ne peut résulter que de ce que le Ministère public n'a pas invoqué l'incompétence dans ses premières conclusions.

On pourrait cependant concevoir une renonciation expresse : le Ministère public, au lieu de passer sous silence

la question de compétence, pourrait constater le vice d'incompétence qui affecte la procédure engagée irrégulièrement par les parties, mais déclarer, en même temps, qu'il n'y a pas lieu de prononcer le renvoi, les parties ayant tacitement accepté la juridiction du tribunal saisi, et renoncé à se prévaloir de son incompétence, l'une en saisissant le tribunal incompétent, l'autre en ne demandant pas le renvoi *in limine litis*, et l'intérêt des tiers non parties au procès, des incapables en cause, etc... n'exigeant pas ce renvoi.

Aucune condition particulière ne nous paraît exigée pour que la renonciation soit valable. On ne peut, en effet, parler ni du vice du consentement, ni de renonciation qui n'aurait pas été faite en connaissance de cause. La loi ne vise d'ailleurs nulle part *in terminis* l'obligation imposée au Ministère public de critiquer la compétence du tribunal irrégulièrement saisi. Lorsque la violation de la règle de compétence prive seulement les parties du bénéfice d'une règle introduite en leur faveur, cette obligation s'impose au Ministère public, parce que la loi lui a confié la protection des intérêts des incapables, des absents, des personnes morales publiques, et, par extension celle des tiers. Il n'y a donc aucun texte traitant du mode d'extinction de l'obligation du Ministère public.

Mais nous estimons que, puisque le Ministère public doit se prévaloir de l'incompétence, et que cette dernière ne peut être régie par l'article 170, qui, ainsi que nous l'avons déjà montré, ne s'applique pas dans les hypothèses que nous envisageons, ce sont les articles 168, 169 et 424, alinéa 2 du C.p.c. qui doivent s'appliquer. Or, aux termes de ces articles, l'incompétence doit être invoquée avant toute autre exception ou défense, c'est-à-dire pour le Ministère public, avant toute conclusion prise sur une question ne touchant pas à celle de l'incompétence.

La renonciation du Ministère public à invoquer l'incompétence, éteint l'obligation qu'il avait de l'invoquer, dans l'intérêt des tiers, des incapables, etc... Après cette renonciation le Ministère public ne peut plus invoquer l'incompétence et celle-ci ne pourrait être reprise devant la Cour d'appel et devant la Cour de cassation par ses représentants devant ces juridictions.

### § 3. — Le tribunal est tenu d'opposer lui-même l'incompétence et de se dessaisir d'office

#### a) *Dans quel cas le tribunal incompétent est-il tenu de critiquer sa propre compétence*

Le tribunal incompétent est tenu lui-même de critiquer sa propre compétence, dans les mêmes hypothèses que le Ministère public, lorsque celui-ci n'est pas représenté devant lui (tribunaux de commerce, justice de paix, conseil de Prud'hommes) et, dans l'intérêt des parties, au moins devant les juridictions inférieures (justice de Paix ou Conseil de Prud'hommes), où la représentation n'est pas imposée aux plaideurs et ceux-ci souvent ignorants, toutes les fois que les parties lui semblent ne l'avoir saisi que parce qu'elles s'y sont crues obligées. Il serait en particulier tenu de se dessaisir d'office toutes les fois que les parties qui auraient comparu volontairement devant lui n'auraient pas prorogé sa compétence dans les formes de l'article du C. p. c.

Juridiquement, d'ailleurs, il est très difficile d'expliqner cette obligation imposée au tribunal incompétent de critiquer sa propre compétence dans l'intérêt d'incapables, d'absents, etc..., dans les juridictions où il n'existe pas de

Ministère public, et, dans l'intérêt même des parties, dans les juridictions inférieures.

La loi ne lui impose nulle part cette obligation, elle ne prescrit au tribunal incompétent de se dessaisir d'office qu'en cas d'incompétence à raison de la matière ; or, dans tous les cas où la violation de la règle attributive de juridiction prive simplement les parties du bénéfice d'une règle de compétence introduite uniquement en leur faveur, l'incompétence n'est pas à raison de la matière.

L'article 7 du C. p. c. impose il est vrai au juge de paix l'obligation de rester saisi, lorsque des parties qui ne sont pas ses justiciables, à raison de leur domicile ou de la situation de l'objet litigieux, ont comparu volontairement devant lui. Si le législateur a cru devoir insérer cette disposition, c'est que dans tous les autres cas le tribunal n'est pas tenu de rester saisi, et doit se dessaisir.

Mais on peut aussi conclure de ce que le législateur impose au tribunal l'obligation de se dessaisir lorsqu'il est incompétent à raison de la matière, que dans tous les autres cas il ne doit pas se dessaisir,

La vérité est que le législateur n'a pas dit si le tribunal devait ou ne devait pas se dessaisir, mais on peut présumer que son intention était qu'il ne soulevât pas lui-même la question de compétence si les parties ne l'avaient pas soulevée. Étant donné le rôle passif du juge dans notre procédure, il est difficile d'expliquer en vertu de quel principe le tribunal pourrait prétendre se déclarer d'office incompétent.

Cette intervention du tribunal dans le seul intérêt particulier de personnes parties ou non parties au procès, ne peut s'expliquer que par des considérations tirées de nécessités pratiques : Il faut éviter, avant tout, que des parties souvent inexpérimentées ne soient amenées, malgré elles, à plaider devant un juge incompétent, du fait de leur

ignorance, que des personnes morales ou des incapables ne pouvant, sinon défendre personnellement leurs droits, du moins en surveiller la défense, que des tiers ne soient lésés par la violation d'une règle de compétence, d'une règle d'organisation judiciaire.

Il serait d'ailleurs préférable, dans le cas où le tribunal pourrait avoir à se dessaisir dans l'intérêt des parties, de substituer à cette procédure celle indiquée par l'article 7 du Code de procédure civile, d'obliger les parties à proroger la compétence du juge irrégulièrement saisi par une déclaration expresse faite devant lui et signée d'elles.

On éviterait ainsi toute erreur dans l'interprétation de l'intention réelle des parties, et, par suite tout arbitraire dans la distribution de la justice, mais sous l'empire du C.p.c., il est impossible d'étendre l'application de l'article 7 du Code, en dehors du cas de comparution volontaire en justice de paix. Ce texte est un texte spécial dont l'application ne peut être faite en dehors de cas déterminés qu'il vise.

b) *Comment s'éteint l'obligation de critique du tribunal*

L'obligation pour le tribunal de se dessaisir d'office s'éteint par le fait que, dans la première décision qu'il a rendue dans la cause, il ne s'est pas déclaré incompétent. Ce mode d'extinction équivaut, comme pour le Ministère public à une renonciation à exercer le droit de critique, le tribunal estimant que les parties l'ont bien saisi en connaissance de cause, ou que leur renonciation antérieure ne risque pas de compromettre soit l'intérêt de tiers non partie au procès, soit celui d'incapables, d'absents, etc...

Cette renonciation est nécessairement tacite, elle n'est soumise à aucune condition particulière. Il suffit que le tribunal ait rendu une décision quelconque dans l'affaire

sans s'être déclaré incompétent, pour qu'elle joue de plein droit. Toutefois une décision par laquelle le tribunal prescrirait à l'une des parties de fournir la caution *judicatum solvi*, ou ordonnerait communication d'une pièce à l'autre partie pour baser une demande en renvoi devant un autre tribunal, du chef d'incompétence, n'éteindrait pas pour le tribunal incompétent l'obligation de critiquer sa propre compétence. En d'autres termes, il faut que lorsqu'il rend sa première décision, ce tribunal soit à même d'examiner sa compétence pour que son silence entraîne l'extinction de son obligation de critique.

Après cette décision, le tribunal ne peut plus exercer son obligation de critiquer sa propre compétence, et cette obligation est également éteinte pour les tribunaux (Cours d'appel ou Cour de cassation), que les parties pourraient saisir ultérieurement.

---

Dans d'autres hypothèses, les différences dans l'exercice du droit de critique avec l'hypothèse que nous avons envisagée comme point de départ portent sur les modes d'extinction du droit de critique. Parfois, c'est la renonciation expresse antérieure au litige qui est impossible, d'autre fois, c'est l'extinction par voie d'acquiescement tacite au jugement par lequel le juge saisi se déclare compétent qui ne peut jouer. Enfin dans certains cas, la loi impose à la renonciation une forme particulière et l'interdit sous toutes ses autres formes.

§ 4. — Le droit de critique ne se couvre pas par une renonciation expresse des parties antérieure a la naissance du litige.

La loi du 2 janvier 1902 a modifié, en matière d'assurances, les règles posées pour les assignations, par l'ar-

ticle 59 du C. p. c. : l'assignation doit être faite au tribunal du lieu du domicile de l'assuré, pour toutes les assurances, sauf les assurances d'immeubles ou de meubles par nature, où l'on assigne au lieu de la situation des meubles ou immeubles, et les assurances accidents, où l'on assigne au lieu de l'accident.

Dans l'exposé des motifs, on justifiait cette dérogation au droit commun, en rappelant que dans les polices d'un certain nombre de compagnies d'assurances sur la vie, il existait une clause attribuant au seul tribunal de la Seine la connaissance des litiges entre les compagnies d'assurances parisiennes et leurs assurés. Il en résultait que, en cas de contestation après un sinistre, l'assuré, s'il était de condition moyenne ou modeste, se trouvait en fait à la discrétion presque absolue de la compagnie. Le procès à Paris entraînait des frais énormes, hors de proportion avec l'importance des litiges, les petits litiges étant les plus fréquents ; d'autre part, les sinistrés pouvaient être tenus d'attendre pendant des années le règlement de leur indemnité par suite de l'encombrement du tribunal de la Seine, au moment même où ils avaient le plus besoin de ressources ; la plupart étaient donc obligés d'accepter les propositions que leur faisaient les compagnies (1).

La loi de 1902 a donc eu pour but de prohiber les attributions de juridiction faites dans les polices d'assurances. Elle a été inspirée par des considérations d'intérêt général et d'utilité sociale et ces dispositions ne peuvent être détruites par une stipulation contraire. L'article 2 est formel sur ce point.

La convention par laquelle les parties attribueraient ju-

(1) Voy. exposé des motifs de la loi du 2 janv. 1902, S., *Lois annotées*, nouv. série, tome Ier, page 329.

ridiction à un tribunal autre que celui déterminé par la loi, serait nulle, d'une nullité absolue (1).

Mais le litige une fois né (2), le droit commun reprend son empire : « s'agissant d'une incompétence *ratione per-* « *sonæ vel loci*, disait M. Legrand, rapporteur de la loi au « Sénat, les parties intéressées, lorsque le litige sera né, « et eu égard à ce litige, ne perdront pas le droit de s'ac- « corder entre elles pour déroger à cette compétence (3) ». La jurisprudence est en ce sens (4). Au point de vue de l'incompétence, la seule conséquence de la loi est donc que, malgré une convention antérieure au litige par laquelle compétence serait attribuée à un autre tribunal, le demandeur peut saisir le tribunal déterminé par la loi, sans que le défendeur puisse invoquer la convention ni demander le renvoi au tribunal déterminé par cette convention ; ce dernier, assigné devant ce tribunal, peut au contraire, malgré la convention, demander son renvoi au tribunal déterminé par la loi.

D'autre part, l'article 3 de la loi du 8 juillet 1907, relative aux ventes d'engrais, est ainsi conçu : nonobstant toute convention contraire, qui sera nulle de plein droit, cette action (en réduction de prix et en dommages intérêts, au cas de lésion de plus d'un quart, dans l'achat des engrais ou amendements) est de la compétence du juge de paix du domicile de l'acheteur, quel que soit le chiffre de la demande, et sous réserve du droit d'appel au dessus de 300 francs.

M. Gellé, auteur de la proposition de loi sur les ventes d'engrais légitimait ainsi le texte de l'article 3 de sa pro-

(1) Besançon, 28 oct. 1908, D., 1909, II, 93, 2e espèce.

(2) Sur le point de savoir à quel moment le litige doit être considéré comme commençant, Voy. Delor, *Des prorog. de juridict.*, pages 87 à 90.

(3) S., *Lois annotées*, nouv. série, tome Ier, page 330, note 9.

(4) Paris, 16 mars 1905, D., 1909, 5, 17 et la note.

position, peu différent du texte actuel : « Dans les con-
« trats qu'ils font signer aux acheteurs trop confiants, les
« fraudeurs d'engrais ne manquent jamais d'insérer une
« clause d'après laquelle les contestations devront être ju-
« gées par le tribunal de leur résidence. Ils espèrent ainsi
« que les cultivateurs lésés hésiteront à entamer une action
« judiciaire, ce qui arrivera le plus souvent, en vue d'évi-
« ter les dépenses du voyage et les frais du procès. Il vaut
« mieux obliger à un déplacement onéreux l'auteur pré-
« sumé de la fraude que sa victime et avec celle-ci les
« témoins et les experts (1) ».

L'article 3 primitif ne frappait pas de nullité les conventions contraires. Cette disposition fut insérée à la suite des observations faites par M. Vieu, lors des premières délibérations sur la loi au Sénat. M. Vieu proposa un amendement ainsi conçu : « Toute clause ou convention contraire sera nulle de plein droit », en faisant observer à l'appui qu'il ne fallait pas que la compétence du juge de paix du lieu de la réception pût être écartée par des clauses manuscrites ou imprimées insérées dans le contrat (2).

La loi frappe cette fois de nullité toute convention contraire. Est-ce à dire que l'incompétence de tout autre tribunal que celui déterminé par la loi devrait être considérée comme soumise aux dispositions de l'article 170, susceptible d'être invoquée en tout état de cause et opposée d'office par le tribunal. Nous ne le pensons pas. La loi a voulu simplement interdire la convention contraire. Elle ne dit pas que, si un tribunal incompétent est saisi, son incompé-

(1) Exposé des motifs de la loi du 4 juillet 1907 par M. Gellé, à la Chambre des députés, sur l'art. 3, S., *Lois annotées*, nouv. série, tome II, page 540, note 6.

(2) Loi du 8 juill. 1907, art. 3, discussion au Sénat, séance du 13 juin 1907, J. O., débats parlement., Sénat, pages 254 et suiv. ; S., *Lois annotées*, nouv. série, tome II, page 540, note 6.

tence doit être réglée par l'article 170. L'application de cet article présenterait plus d'inconvénients que d'avantages, en imposant aux parties des frais inutiles que le législateur a précisément voulu éviter. Il ne s'agit pas d'ailleurs d'incompétence à raison de la matière parce que le législateur n'a pas retiré les contestations sur les ventes d'engrais des attributions des juges de paix, d'autre part l'intérêt social n'exige pas que l'incompétence soit invoquée en tout état de cause.

En résumé, dans ces deux hypothèses, le droit de critique n'est pas éteint par une convention expresse antérieure à la naissance du litige attribuant compétence à un tribunal incompétent, mais il s'éteint par une renonciation expresse ou tacite postérieure à la naissance du litige ou par un acquiescement au jugement par lequel le tribunal se déclare incompétent.

§ 5. — Le droit de critique ne peut se couvrir par un acquiescement tacite a la décision rendue sur la compétence.

Lorsque la loi ne permet pas aux parties d'appeler immédiatement du jugement sur la compétence, le fait pour un plaideur qui a demandé en vain son renvoi devant le juge compétent, de plaider ensuite au fond devant le tribunal incompétent, ne constitue pas une renonciation à critiquer par la suite la compétence de ce tribunal, renonciation que l'on ne peut présumer dans les conditions particulières où se trouvait le plaideur qui a demandé son renvoi.

C'est le cas, par exemple, en justice de paix, où l'appel n'est recevable qu'après le jugement sur le fond.

Mais le droit de critique s'éteint si la partie qui s'est vue déboutée de sa demande en renvoi, ne conclut pas au pro-

noncé de l'incompétence dans son acte d'appel contre la décision du juge de première instance. Son silence équivaut alors à une acceptation de la décision rendue par ce dernier sur la compétence.

§ 6. — Le droit de critique ne s'éteint que par une renonciation faite dans les formes prescrites par la loi.

Tous les modes d'extinction par voie de renonciation doivent être considérés comme impossibles, lorsque les parties comparaissent volontairement devant un juge de paix ou devant un Conseil de prud'hommes qui n'est pas celui désigné par la loi pour connaître de la contestation qui les divise.

Dans ce cas, aux termes de l'article 7 du C. p. c. et de l'article 43 de la loi du 27 mars 1907, les parties qui demandent jugement doivent en faire la déclaration en présence du juge de paix ou du Conseil de prud'hommes qui en dresse un procès verbal qu'elles signent (Cas. civ., 3 nov. 1891, D. 1892, I, 233).

Si cette formalité n'était pas observée, le droit de critique des parties ne pourrait être considéré comme éteint et elles pourraient prétendre l'exercer pendant toute la durée de l'instance.

D'autre part, le juge de paix ne pourrait se considérer comme régulièrement saisi et devrait renvoyer d'office les parties à se pourvoir devant le juge de paix compétent. Mais on ne peut le considérer lui-même comme incompétent. Il y a simplement un vice de forme dans la procédure et sa décision ne pourrait être attaquée que pour vice de forme, non pour incompétence.

§ 7. — L'incompétence doit être invoquée par le Ministère public et le tribunal en toute circonstance. — Le droit de critique s'éteint par une renonciation expresse ou tacite postérieure a la violation de la règle de compétence.

A côté des hypothèses que nous venons d'examiner, il en est d'autres où l'importance de la règle de compétence méconnue par les parties conduit à admettre :

1° Que le Ministère public et le tribunal sont tenus d'exercer le droit de critique.

2° Que le droit de critique ne s'éteint pour les parties que par une renonciation postérieure à la violation de la règle de compétence. C'est lorsqu'il y a suppression partielle du premier degré de juridiction, soit parce que les parties ont saisi le tribunal d'appel d'une demande nouvelle, d'un jugement de première instance rendu par défaut et non encore frappé d'opposition, soit parce qu'elles ont mis un tiers en cause pour la première fois en appel, soit enfin parce qu'un tiers a demandé à intervenir pour la première fois devant le juge du second degré.

Le principe du double degré de juridiction est bien un principe institué en faveur des parties. Il permet aux plaideurs qui se croient lésés par la décision d'un tribunal, de faire réviser cette décision par un tribunal placé à un degré supérieur de la hiérarchie. Aussi la possibilité pour les parties de renoncer à la garantie du double degré de juridiction en supprimant le deuxième degré, n'est-elle pas discutée par personne.

La validité de la renonciation à cette garantie, par la suppression du premier degré, peut être contestée, parce qu'en obligeant le juge d'appel à statuer partiellement *de*

*plano*, on risque de compromettre en même temps la bonne administration de la justice.

Si le législateur a institué des tribunaux d'appel, c'est pour qu'ils jugent en appel, c'est à dire pour qu'ils connaissent de causes qui ont déjà été examinées par d'autres juges, pour qu'ils révisent en quelque sorte le travail de ces juges.

Or, si l'on autorise les parties à saisir les tribunaux d'appel de demandes en fait non examinées en première instance, c'est à dire à les transformer en juges du premier degré, il est à craindre que cet usage ne se répande, que la clause de renonciation au premier degré de juridiction ne devienne une clause de style.

Le tribunal d'appel saisi alors de multiples causes de peu d'importance, d'affaires qu'il devrait instruire entièrement perdrait son caractère de tribunal d'appel et n'étant plus appelé à juger comme juge du second degré qu'exceptionnellement, risquerait de procéder toujours comme s'il statuait en premier et dernier ressort, et partant de ne plus remplir convenablement la mission que le législateur lui a confiée.

A ce point de vue il faudrait limiter le plus possible les cas où le tribunal d'appel sera admis à juger en premier et dernier ressort.

Mais, si, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, il est nécessaire de n'autoriser qu'exceptionnellement le tribunal d'appel à statuer sur des points non débattus devant les premiers juges, il importe aussi, dans l'intérêt personnel des plaideurs, de ne pas imposer à ceux-ci des frais supplémentaires et des pertes de temps inutiles, en les obligeant à retourner en première instance lorsqu'ils renoncent à la garantie du double degré de juridiction et consentent à être jugés par le tribunal d'appel seulement.

Lorsque les parties n'obligent le tribunal d'appel qu'à examiner seulement un point particulier (demande nouvelle, intervention) ou qu'à faire partiellement l'instruction de l'affaire, déjà commencée en première instance (affaire jugée par défaut encore susceptible d'opposition) le risque de porter atteinte à la bonne administration de la justice est minime. C'est pourquoi la loi elle-même a pu dans certains cas autoriser un tribunal d'appel à statuer *de plano* sur des points non débattus devant les premiers juges : par exemple, la tierce opposition incidente à une contestation dont est saisi un tribunal peut être portée devant celui-ci, s'il est supérieur à celui qui a rendu le jugement frappé de tierce opposition (C. p. c. art. 475, § 2).

On peut donc admettre que, en ce qui les concerne, les parties peuvent renoncer au bénéfice de la garantie du double degré de juridiction et consentir à ce que le tribunal d'appel connaisse d'une demande nouvelle, d'une demande en intervention, d'une mise en cause forcée d'un tiers ou d'un jugement par défaut encore susceptible d'opposition.

Mais cette possibilité de renoncer dans ces conditions à la garantie du double degré de juridiction, ne doit pas devenir pour elles un moyen de tourner la règle qui leur interdit de se présenter *de plano* (1) devant les tribunaux d'appel, en raison des inconvénients qui résultent de cette manière de faire pour la bonne administration de la justice.

Il est donc de toute nécessité de se montrer rigoureux à l'égard des plaideurs qui sont de mauvaise foi.

Or, il se peut que des plaideurs se mettent d'accord pour ne soumettre au tribunal de première instance qu'une partie de leurs contestations, juste suffisante pour leur ou-

(1) Voir sur cette règle, page 198.

vrir la voie de l'appel, tournant ainsi la prohibition de saisir *de plano* les juges du second degré. Il pourrait se faire également qu'ils s'accordent pour que le défendeur fasse défaut en première instance, le litige ne devant être jugé contradictoirement qu'en appel.

Le droit que l'on reconnaît généralement au tribunal d'appel de ne pas accepter la prorogation de juridiction qui lui est offerte serait un mauvais palliatif, car, ce serait soumettre les parties à l'arbitraire du tribunal, qui pourrait se dessaisir ou rester saisi à son gré.

Le seul moyen pratique de concilier l'intérêt général et celui des parties, c'est d'imposer au tribunal l'obligation de se dessaisir d'office, mais de considérer cette obligation comme éteinte, du fait que le procès s'est engagé devant le tribunal d'appel, sans que le renvoi eût été prononcé.

Les parties ne peuvent se plaindre : on ne leur impose pas de nouveaux frais puisqu'elles peuvent toujours renoncer au second degré de juridiction et se contenter du premier, et que le renvoi s'il est prononcé, l'est toujours avant que le procès ne soit engagé devant le tribunal d'appel.

La bonne administration de la justice ne saurait d'autre part être compromise par quelques demandes nouvelles que les tribunaux d'appel seraient tenus de juger, quelques causes dont ils devraient achever l'instruction, pour avoir omis de prononcer le renvoi d'office au début de l'instance.

Si donc les parties saisissent un tribunal d'appel, les solutions ci-après devraient, à notre avis, être adoptées et substituées aux diverses solutions proposées jusqu'à ce jour en doctrine ou adoptées en jurisprudence.

*a*). Personnes qui peuvent ou doivent se prévaloir de l'incompétence, sujets passifs du droit de critique : c'est d'abord et incontestablement le défendeur ; nul ne peut

être privé malgré lui de la garantie du double degré de juridiction. Le demandeur, en formant une demande nouvelle, en citant un tiers en intervention forcée devant le tribunal d'appel, en faisant appel d'un jugement par défaut, le tiers qui demande à intervenir, en formulant sa demande, privent en fait les autres parties du premier degré, sans qu'elles y aient consenti.

Le demandeur, l'appelant du jugement par défaut, le tiers qui demande à intervenir au contraire, ne peuvent généralement exercer leur droit de critique, parce qu'en violant eux-mêmes la règle de compétence qui interdit de saisir le tribunal d'appel d'affaires de la compétence du tribunal de première instance, ils ont provoqué eux-mêmes l'incompétence.

Ils n'ont par ailleurs aucun intérêt à faire prononcer le renvoi, puisque s'il ne l'est pas dès le début du procès, il ne pourra plus l'être par la suite.

Les tiers qui seraient mis en cause pour la première fois en appel, ne peuvent non plus prétendre invoquer l'incompétence ; ils ne peuvent, en effet, faire valoir aucun intérêt pour justifier leur demande en renvoi au tribunal de première instance : les incidents de procédure, les questions de compétence ne les touchent pas du moment qu'ils ne leur causent pas préjudice. Il n'en est pas de même des tiers qui seraient appelés en garantie en appel seulement.

La loi, si elle les oblige à plaider devant le tribunal où la demande originaire est pendante, ne les prive pas des autres garanties qu'elle admet en faveur des plaideurs et en particulier de la garantie du double degré de juridiction. Un garant ne peut donc être mis en cause en appel seulement ; il serait en droit, dans ce cas, de demander son renvoi au tribunal de première instance.

Dans cette hypothèse d'ailleurs, le demandeur en garantie, en imposant au tribunal d'appel l'obligation de statuer sur

une question qui n'aurait pas subi le premier degré de juridiction, compromettrait la bonne administration de la justice.

Enfin, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, le Ministère public a le devoir de conclure au renvoi, devant le tribunal de première instance, de la demande nouvelle ou en intervention au moment où elle est formulée, de l'affaire jugée en première instance par défaut et encore susceptible d'opposition, lorsqu'elle est portée devant le juge du second degré. Le tribunal d'appel a également le devoir de prononcer lui-même d'office le renvoi en cas de silence des parties et du Ministère public.

*b*). Comment se couvre l'incompétence. — Théoriquement l'incompétence pourrait être couverte par une convention expresse des parties, antérieure ou postérieure au litige, puisque en principe ces dernières peuvent renoncer au premier degré de juridiction ; mais une telle convention équivaudrait de leur part à une ferme résolution de ne pas suivre l'ordre des juridictions, de tourner la prohibition de saisir *de plano* le deuxième degré de juridiction, de compromettre la bonne administration de la justice. Cette convention devrait donc être considérée comme nulle et de nul effet, puisque dérogeant à une règle intéressant l'ordre public (art. 6 du C. c.). Les parties en effet pourraient porter leur demande devant le tribunal de première instance. Le tribunal d'appel doit d'ailleurs se déclarer d'office incompétent ; on ne peut donc obliger les parties à à exécuter une convention qui ne peut produire aucun effet.

Par contre l'incompétence, à l'égard des parties, est couverte par une renonciation expresse ou tacite de leur part à s'en prévaloir, postérieure à la violation de la règle de compétence. Dans ce cas, en effet, les parties ne manifestent

pas leur intention de tourner la prohibition de saisir *de plano* le deuxième degré de juridiction. Elles ne font qu'user de leur droit de renoncer à la garantie du double degré de juridiction, en consentant à ce que le tribunal d'appel irrégulièrement saisi d'une demande nouvelle ou en intervention, connaisse de cette demande, à ce qu'il juge une affaire jugée en première instance par défaut et encore susceptible d'opposition. Leur renonciation n'est pas nulle comme contraire à l'ordre public. Elle est simplement inopérante si le tribunal prononce le renvoi comme il en a l'obligation. Mais elle peut produire effet, si le renvoi n'est pas prononcé en ce sens que les parties ne peuvent postérieurement à leur renonciation invoquer à nouveau l'incompétence.

A plus forte raison un acquiescement au jugement qui a statué sur la demande nouvelle couvrirait-il le vice d'incompétence.

Ce vice serait également couvert si le tribunal, sur la demande du défendeur, refusait de prononcer le renvoi, et si celui-ci ne formait pas aussitôt un pourvoi en cassation contre cette décision; en consentant à poursuivre l'instance devant le tribunal d'appel, il acquiesce tacitement à la décision de ce tribunal sur la compétence et reconnaît implicitement qu'il est régulièrement saisi.

A l'égard du Ministère public et du tribunal, l'incompétence est couverte par la première décision rendue par ce dernier dans la cause postérieurement à la violation de la règle de compétence. Tant que le tribunal n'a pas rendu sa première décision et pourvu qu'il soit encore en droit de donner ses conclusions, le Ministère public peut toujours demander le renvoi au tribunal de première instance. Tant qu'il n'a rendu aucune décision dans l'instance pendante devant lui, le tribunal d'appel peut toujours refuser de statuer sur les conclusions prises réciproquement par les parties

sur la demande nouvelle et se déclarer d'office incompétent.

Quelle est la nature juridique de ce mode d'extinction? On pourrait songer à soutenir que le Ministère public en n'opposant pas l'incompétence, le tribunal en ne renvoyant pas d'office, reconnaissent tacitement qu'il n'y a pas incompétence et que le tribunal saisi l'est valablement. Mais on ne pourrait alors expliquer que, si même postérieurement à la première décision rendue dans la cause, le vice d'incompétence est reconnu, le tribunal, ni le Ministère public ne puissent l'invoquer et, surtout, que la Cour de cassation saisie ensuite ne puisse casser pour incompétence la décision du tribunal d'appel.

Aussi considérons-nous ce mode d'extinction comme introduit simplement dans un but d'intérêt général et pour éviter qu'une instance, déjà engagée ou même terminée, ne puisse être entièrement annulée, sous prétexte d'incompétence, sans que la société ni les parties n'y trouvent un intérêt.

La renonciation au premier degré de juridiction ne pouvant avoir lieu que lorsque la règle de compétence a été violée et partant lorsque le tribunal d'appel a été saisi, cette renonciation peut, même lorsqu'elle est expresse, être unilatérale; elle n'a pas besoin d'être acceptée par l'adversaire. Mais, qu'elle soit tacite ou expresse, elle doit avoir été faite en connaissance de cause, par des parties maîtresses de leur droit, c'est à dire ayant la capacité nécessaire pour renoncer; elle doit être également exempte de vices.

On a demandé parfois que le législateur exigeât des parties un accord exprès et formel, consenti par elles-mêmes, par leur avoué ou par leur fondé de pouvoir, et un accord survenant après le litige pour éviter les clauses de style qui priveraient les parties à leur insu de la garantie

du double degré de juridiction. Ces précautions nous semblent inutiles si l'on reconnaît au Ministère public l'obligation de demander le renvoi et au tribunal celle de le prononcer d'office.

Aucune condition de forme ne peut être imposée à la renonciation au premier degré : expresse, la renonciation est faite dans les conclusions ; tacite elle résulte pour le demandeur ou le tiers qui demande à intervenir du fait même qu'il a saisi le tribunal d'appel de la contestation jugée par défaut en première instance et encore susceptible d'opposition, de la demande nouvelle, de la demande en intervention, pour le défendeur de ce que dans ces conclusions de défenses il ne s'est pas prévalu de l'incompétence.

Quant au mode d'extinction de l'incompétence vis à vis du Ministère public et du tribunal, il ne saurait être soumis à aucune condition particulière de forme ou de fond. Il suffit que le tribunal ait rendu sa première décision, même sur une question subsidiaire pour qu'il produise tous ses effets.

Ces effets, lorsque le mode d'extinction a joué, sont identiques pour tous ceux qui peuvent ou doivent se prévaloir de l'incompétence : le tribunal est régulièrement saisi, il statue valablement ; sa compétence ne peut plus être critiquée. L'incompétence ne pourrait par suite être invoquée devant la Cour de cassation ni par les parties, ni par le Ministère public ; la Cour n'a pas à la déclarer d'office, quand bien même le tribunal d'appel se serait déclaré incompétent sur un déclinatoire opposé par le défendeur et que ce dernier aurait accepté cette décision sans se pourvoir aussitôt contre elle.

En effet, dans ce cas, il y a chose jugée à l'égard des parties qui ne peuvent plus attaquer la décision du tribunal d'appel. Le Ministère public, ni la Cour de cassation ne pourraient donc prétendre faire annuler ou annuler une décision définitive pour les parties.

Ces solutions, au premier abord, paraissent inconciliables avec les textes. Mais que l'on réfléchisse ; l'incompétence dans notre hypothèse ne peut être considérée comme étant *ratione materiæ* et l'ordre public n'est pas atteint au point que l'on puisse appliquer néanmoins l'article 170 du C. p. c. : les seuls articles applicables sont donc les articles 168, 169 et 424, alinéa 2 du Code de procédure civile.

Ces articles ne précisent pas quelles sont les personnes qui peuvent user du déclinatoire d'incompétence.

D'autre part, la loi seule peut décider si un tribunal incompétent doit ou non rester saisi.

Lorsqu'elle ne le dit pas expressément, il appartient à l'interprète de déterminer ce que doit faire le tribunal, d'après l'intention probable du législateur.

Or, dans les hypothèses qui nous occupent, cette intention ne nous paraît pas douteuse : elle résulte de l'article 464 du C. p. c., lequel décide formellement qu'il ne sera formé aucune demande nouvelle en appel, — de l'article 466 qui interdit toutes les interventions en appel, hormis celle des tiers ayant le droit de faire tierce opposition, — des articles 443 et 455 qui font courir le délai d'appel des jugements par défaut du jour où l'opposition n'est plus recevable, et interdisent l'appel pendant la durée des délais d'opposition.

---

S'agit-il au contraire d'une règle de compétence introduite uniquement dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, et c'est le cas de la plupart des règles qui déterminent les attributions respectives des différentes juridictions de droit commun et d'exception, il semble que le droit de critique doive être accordé dans la plus large mesure possible et ne se prescrire que dans un délai relativement long. L'ordre public n'est-il pas en effet intéressé à

ce que la bonne administration de la justice ne soit pas compromise.

Il y a lieu cependant d'établir encore plusieurs degrés, avant d'arriver à l'incompétence la plus absolue, parce que dans les hypothèses que nous allons envisager, la bonne administration de la justice peut être plus ou moins gravement compromise.

Par suite, dans certains cas, nous admettrons que le Ministère public et le tribunal seront tenus de critiquer la compétence du tribunal irrégulièrement saisi et que le droit de critique s'éteindra, si les parties ou le Ministère public n'en ont pas usé avant que le tribunal n'ait prononcé la clôture des débats, si le tribunal ne l'a pas exercé avant de rendre sa première décision dans la cause.

Dans d'autres cas, le droit de critique sera ouvert également aux tiers qui demanderont à intervenir ou seront cités en intervention forcée, il pourra être exercé en tout état de cause en première instance mais en appel, il se couvrira dans les mêmes conditions que précédemment.

Enfin parfois le droit de critique ne se couvrira que par une décision sur le fond passée définitivement en force de chose jugée par l'épuisement de toutes les voies de recours ou l'expiration des délais pour en user.

§ 8. — Le Ministère public et le tribunal doivent critiquer la compétence. — Le droit de critique s'éteint par la clôture des débats.

*a*). Cas d'application. — La première hypothèse est réalisée, lorsque le tribunal saisi par les parties, bien qu'incompétent pour connaître du litige, connaît néanmoins, sous certaines réserves, des matières qui en font l'objet, de sorte que l'application de l'article 170 doit être nécessairement écartée.

C'est le cas :

1° Des tribunaux d'arrondissement pour les affaires de la compétence des tribunaux de commerce (1).

Les affaires commerciales constituent en fait une branche des affaires civiles : Si cette branche a paru assez importante au législateur pour instituer une juridiction et un droit spécial pour elle, les affaires commerciales n'en restent pas moins des affaires civiles, et en cas de silence du Code de commerce, on doit observer les règles du Code civil.

Le législateur a d'ailleurs confié la connaissance des affaires commerciales aux tribunaux d'arrondissement, dans les ressorts où il n'existe pas de tribunaux de commerce, et c'est la preuve manifeste qu'il ne considère pas les tribunaux d'arrondissement comme incapables de connaître des affaires commerciales. Par leur mode de composition, par la capacité que la loi exige des magistrats qui les composent, ils présentent en effet toute garantie, pour juger des affaires même commerciales.

2° Des tribunaux d'arrondissement saisis comme tribunaux de commerce, dans les ressorts où il n'existe pas de tribunaux d'arrondissement, pour les affaires de leur compétence comme tribunaux d'arrondissement statuant en matière civile.

3° Des tribunaux d'arrondissement pour les affaires de la compétence du juge de paix. Les affaires que la loi confie

(1) Il faudrait faire exception pour les actes mixtes, (*ex re* ou *ex persona*), pour lesquels les tribunaux civils et de commerce paraissent à priori également compétents. (On hésite en effet sur le tribunal qui doit être saisi en pareil cas). Dans l'intérêt des plaideurs et de la société, il importe de tenir compte des accords exprès ou tacites qui peuvent exister entre ceux-ci sur le choix du tribunal, et le renvoi ne devrait être prononcé que si le défendeur ou un tiers appelé en garantie y concluait *in limine litis*, sauf au tribunal à renvoyer à la requête du Ministère public, dans l'intérêt d'incapables, d'absents, etc.

au juge de paix sont également des affaires civiles de minime intérêt ou faciles à juger, et dont le tribunal d'arrondissement est appelé lui-même à connaître comme juge d'appel. Il présente également toute garantie pour les bien juger.

4° Des tribunaux d'arrondissement pour les affaires de la compétence du Conseil de prud'hommes, pour des raisons identiques.

5° Des tribunaux de commerce pour les litiges de la compétence du Conseil de prud'hommes, jusqu'à 1.000 fr. (contestations entre patrons et employés). Le tribunal de commerce qui est appelé à juger ces contestations lorsqu'elles dépassent 1.000 francs, ne peut être considéré comme devant mal juger un litige de moins de valeur.

6° Des juges de paix : *a*) pour les litiges dépassant le taux de leur compétence *ratione quantitatis*, — *b*) pour les litiges de leur compétence, qui doivent être portés devant le tribunal de commerce, par suite de leur caractère commercial, — *c*) pour les litiges de la compétence des Conseils de prud'hommes.

Le juge de paix, appelé à connaître des mêmes litiges lorsqu'ils sont de moins de valeur, lorsqu'ils n'ont pas le caractère commercial, ou s'il n'existe pas de Conseil de prud'hommes dans le ressort, présente suffisamment de garantie pour juger équitablement ces diverses causes.

7° Du Conseil de prud'hommes pour les contestations entre patrons et employés dépassant la valeur de 1.000 fr. Comme le juge de paix pour les litiges dépassant le taux de sa compétence, il présente suffisamment de garanties pour juger convenablement ces litiges ; du fait même qu'il s'agit de causes requérant célérité, il peut se faire que, de bonne foi, le demandeur ait saisi le juge référé d'un litige qui rentre dans la compétence d'un tribunal d'exception, surtout

si, de par la nature de la cause, on est en droit d'hésiter au premier abord sur le tribunal compétent.

Le juge des référés, d'autre part, ne peut qu'ordonner des mesures de précaution, laissant intact le droit de décision du tribunal quant au fond. Les ordonnances sur référés, dit l'article 809 du C. p. c., ne feront aucun préjudice au principal.

Admettre enfin que l'incompétence du juge des référés pourrait être opposée en tout état de cause, ce serait surtout favoriser les plaideurs de mauvaise foi, agir dans l'intérêt de la chicane, sans profit pour la société.

8° Du juge des référés saisi d'une affaire de la compétence d'un tribunal d'exception.

9° Des Chambres de vacation saisies d'affaires qui auraient dû être jugées en audience ordinaire d'une Chambre où ne siège pas le président pour les affaires qui doivent être réservées à la Chambre où siège celui-ci. L'aptitude de ces Chambres à connaître équitablement de la cause dont elles sont saisies ne peut être mise en doute.

Dans toutes ces hypothèses, le demandeur en saisissant un tribunal incompétent viole bien une règle de compétence introduite dans l'intérêt de la bonne administration de la justice.

Les diverses juridictions d'exception, même les tribunaux de commerce et les Conseils de prud'hommes, n'ont pas été instituées par le législateur pour donner une juridiction privilégiée à certaines personnes, mais bien pour assurer dans l'intérêt de la société tout entière la meilleure administration de la justice.

Le commerce répugne aux lenteurs et aux formalités de la procédure en usage devant les juridictions de droit commun. Il réclame une justice simple et rapide. C'est pourquoi l'on a créé des tribunaux spéciaux pour juger les affaires commerciales.

C'est ce qu'expliquait Thouret dans son rapport sur le projet de loi relatif à la réformation de l'ordre judiciaire (loi des 16-24 août 1790) (1). C'est ce qu'expliquait également la commission chargée de la préparation du Code de commerce dans l'exposé des motifs du nouveau Code.

Lors de la discussion du Code de commerce, la commission disait en effet dans son rapport sur les articles 631 et 632 : « C'est le commerce, ce sont les transactions com-« merciales que nous avons dû régler. Les commerçants ne « forment point dans l'Etat une classe particulière et privi-« légiée. Si la législation se compose de lois d'exception, ce « n'est pas pour l'avantage des commerçants qu'elles sont « faites, c'est pour l'intérêt de tous. » (Exposé des motifs sur les art. 631 et 632 du Code de commerce, rapport de la commission) (2).

D'autres affaires particulièrement simples et faciles à juger, ou de valeur minime n'auraient pu être confiées sans inconvénient aux tribunaux d'arrondissement dont la procédure ne convient bien que pour les affaires importantes. Pour les autres, il était nécessaire d'avoir une juridiction plus simple et plus prompte et pour ainsi dire domestique (3).

La procédure brève et simplifiée des justices de paix a pour but principalement de réduire au minimum les frais et la durée des procès, pour les affaires modiques et de peu d'importance. Le tribunal d'arrondissement est assujetti à un mode de procédure dont la justice de paix est à juste titre exemptée (4).

(1) Voyez sur ce point page 31.

(2) Voyez le rapport présenté au Corps législatif par le tribun Grillet sur une partie du titre 4 du Code de com. à la séance du 14 août 1807.

(3) Voir sur ce point page 31.

(4) Foucher, *Commentaire des lois des 25 mai et 11 avril 1838,*

Enfin, si l'on a créé des Conseils de prud'hommes pour les contestations entre patrons et employés ou ouvriers, ce n'est pas que l'on ait considéré les employés et les ouvriers comme formant une classe privilégiée dans la société, mais parce qu'il a paru qu'une juridiction composée de patrons et d'ouvriers trancherait plus équitablement les contestations qui pourraient s'élever entre les uns et les autres, comme on a pensé que les commerçants jugeraient mieux que tous autres juges les contestations entre commerçants.

En résumé c'est la complexité des affaires seules qui a amené le législateur à créer des juridictions d'exception.

C'est également dans l'intérêt de la bonne administration de la justice que, par le décret du 30 mars 1908, le législateur a créé des Chambres de vacation en restreignant leur compétence aux seules affaires sommaires (art. 46) et prescrit de porter devant la Chambre où siège le président, les contestations relatives aux avis de parents, aux interdictions, à l'envoi en possession des biens d'un absent, à l'autorisation des femmes pour absence ou refus de leur mari, à la réformation d'erreurs dans les actes de l'état civil ou autres de même nature, les affaires qui intéressent le Gouvernement, les communes et les établissements publics et les renvois de référés à l'audience, sauf, dans ce cas au Président à renvoyer à une autre Chambre, s'il y a lieu (Art. 60).

En instituant les Chambres de vacation il a voulu assurer la prompte solution des affaires, éviter que des affaires urgentes ou très simples par elles-mêmes restassent en souffrance pendant les vacances des magistrats. Mais il a exclu de la compétence des Chambres de vacation les affaires ordinaires.

page 28. — Bonnier, *Eléments d'organisation judiciaire*, nº 186, page 165. — Bourges, 21 nov. 1910, D., 1911, 2, 208.

Ces affaires peuvent généralement être remises jusqu'à la rentrée des cours et tribunaux. En outre, elles demandent un examen plus approfondi, auquel la Chambre de vacation risquerait le plus souvent de ne pouvoir se livrer dans le court laps de temps (deux mois) pendant lequel elle est appelée à fonctionner. Une affaire non terminée avec les vacances devrait être reprise entièrement à la rentrée des tribunaux. En effet, la reprise de l'instruction, au point où l'a laissée la Chambre de vacation, est souvent impossible, les juges composant la Chambre où l'affaire est renvoyée à la rentrée du tribunal n'ayant pas tous assisté à toutes les audiences de la cause. Leur décision serait donc nulle par application de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810.

D'autre part, les affaires que le législateur a prescrit de porter à la Chambre où siège le Président sont celles où des incapables, des personnes morales publiques, des absents sont intéressés, celles qui touchent à des institutions d'ordre public (état civil), affaires délicates et qui nécessitent, aux yeux du législateur, la présence parmi les juges de celui d'entre eux qui est la plus versé dans la connaissance du droit.

Ce sont aussi les affaires que le Président du tribunal, statuant comme juge des référés, a cru devoir renvoyer devant le tribunal tout entier. Ces affaires, qui requièrent célérité, puisqu'elles ont pu être soumises aux juges des référés, seront parfois plus promptement jugées par la Chambre où siège le Président, puisque l'un des membres de cette Chambre, a déjà été appelé à les examiner.

### b) *Personnes qui peuvent ou doivent exercer le droit de critique*

Dans tous ces cas le demandeur et le défendeur gardent toujours la possibilité d'user de leur droit de critique, parce

qu'ils ne peuvent couvrir par une renonciation même tacite une incompétence résultant de la violation d'une règle de compétence, introduite dans l'intérêt de la bonnne administration de la justice, et non dans leur intérêt personnel.

Si le Code de procédure civile ne l'a pas dit expressément, cela résulte suffisamment des principes généraux de notre droit : toute règle introduite dans un but d'intérêt général peut être considérée comme d'ordre public et l'article 6 du Code civil interdit de déroger par convention particulière aux lois intéressant l'ordre public.

Le tiers appelé en garantie peut invoquer également l'incompétence, exercer son droit de critique. D'une façon générale, en effet, la loi ne l'oblige à plaider que devant le tribunal normalement compétent pour connaître de la demande principale, et non devant un autre tribunal. Il peut donc toujours critiquer la compétence de tout autre tribunal.

Quant aux autres tiers, ils ne peuvent, pas plus que dans les hypothèses précédentes, prétendre exercer un droit de critique, parce que la question de compétence doit leur demeurer étrangère et que, d'autre part, ils n'ont aucun intérêt à faire valoir pour exercer ce droit, l'incompétence étant généralement couverte à l'égard des parties, lors de leur mise en cause ou de leur intervention (voir ci-dessous).

D'autre part l'obligation de soulever d'office l'incompétence s'impose au Ministère public dans tous les cas. Il n'a pas à se demander si l'intérêt de tiers non parties à l'instance, d'incapables ou de personnes morales publiques l'oblige à conclure à l'incompétence du tribunal irrégulièrement saisi. Du moment que la bonne administration de la justice risque d'être compromise il doit soulever d'office la question de compétence.

Sans doute, nulle part, la loi ne mentionne cette obligation du Ministère public, mais elle résulte suffisamment des

principes généraux de notre organisation judiciaire. La société est intéressée certainement à ce que la bonne administration de la justice ne se trouve pas compromise du fait des justiciables eux-mêmes, et le Ministère public représentant devant la justice le pouvoir exécutif, et partant la société, c'est un devoir pour lui de conclure à ce que le tribunal prenne toute mesure ou décision de nature à éviter cette conséquence, de conclure en particulier à ce qu'un tribunal irrégulièrement saisi se déclare incompétent, lorsque son incompétence risque de compromettre la bonne administration de la justice.

Nous avons d'ailleurs montré déjà que si les articles 168 et 169 applicables à notre hypothèse paraissaient n'ouvrir le droit d'invoquer l'incompétence qu'aux seules parties défenderesses, il ne fallait pas prendre ces textes dans un sens aussi étroit : l'article 424 du C. p. c. qui n'est que l'application au tribunal de commerce des textes généraux sur l'incompétence ne spécifie nullement que, seul le défendeur puisse se prévaloir de l'incompétence. La vérité est que le législateur du Code a entièrement omis de déterminer le devoir du Ministère public sur une question de compétence, et que pas plus dans l'article 170 que dans les articles 168 et 169, il n'y a fait la moindre allusion.

Le tribunal irrégulièrement saisi n'a pas à se demander non plus, si l'intérêt d'incapables ou de personnes morales publiques en cause, de tiers non parties au procès se trouve compromis, ou si les parties l'ont bien saisi en connaissance de cause et non parce qu'elles le croyaient compétent. Dans tous les cas, il doit se dessaisir d'office parce que la violation de la règle commise peut compromettre la bonne administration de la justice, et qu'il ne doit pas couvrir un tel fait de son silence. Il ne doit pas rester saisi, il doit donc se dessaisir. Nous avons déjà dit qu'un tribunal ne pouvait, à son gré, se dessaisir ou rester saisi, qu'il devait

faire toujours l'un ou l'autre, et que, lorsque la loi n'avait pas déterminé expressément ce qu'il devait faire, c'était à l'interprète, de déterminer la règle de conduite à tenir, d'après les intentions probables du législateur, ou à défaut d'après les principes généraux du droit. Or, pour nous, le devoir du tribunal dans l'hypothèse envisagée ne peut faire de doute : il doit se dessaisir.

### c) *Comment s'éteint le droit de critique*

1° Pour les parties. — Le droit de critique dans ces diverses hypothèses s'éteint à l'expiration d'un certain délai. Il ne peut plus être question ici de renonciation, la renonciation n'étant possible que pour une règle de compétence introduite en faveur des plaideurs. Les délais qui couvrent le vice d'incompétence, diffèrent d'ailleurs essentiellement de ceux qui peuvent couvrir les nullités. Ce ne sont pas des délais dont la durée est nettement fixée (deux ans, trente ans), de tels délais joueraient mal en la matière.

En raison de la variabilité de la durée des instances, ils seraient trop courts parfois, ou trop longs au contraire, et il n'est pas besoin d'insister longtemps pour montrer tous les inconvénients pratiques qu'il y aurait à ce qu'un tribunal incompétent fût imposé à un plaideur, parce que ce dernier n'aurait pas été à même de critiquer sa compétence avant l'expiration du délai, ou surtout à ce que la chose jugée pût être encore remise en discussion du fait que le délai pour couvrir l'incompétence ne serait pas écoulé.

C'est pourquoi l'on doit prendre pour base des délais en matière d'incompétence certaines phases de la procédure (clôture des débats avant le premier jugement, expiration des délais pour se pourvoir en appel, ou en cassation, ou épuisement des voies de recours). Ces phases ne se produisent pas au bout du même laps de temps dans chaque

procès, mais dans le développement de la procédure, elles interviennent toujours au même moment. La durée des délais se trouve donc exactement proportionnée à la longueur des instances.

Dans les hypothèses que nous envisageons actuellement, les parties sont généralement forcloses du droit de critiquer la compétence du tribunal saisi, parce qu'elles laissent clore les débats sur la première décision à rendre par le tribunal dans l'instance, que ce soit sur le fond, sur une exception autre que celles qui peuvent être invoquées avant toute autre exception ou défense, ou sur un incident.

D'après l'exposé des motifs du projet de révision du C. p. c. de 1894, l'incompétence, sauf dans quelques cas, où l'ancienne incompétence absolue est maintenue, devrait être invoquée avant les plaidoiries (1). On sait d'autre part qu'aux termes de l'article 343 du C. p. c., lorsque les plaidoiries sont commencées, l'affaire est réputée en état, il paraîtrait donc logique de prendre cette phase de la procédure comme terme de délai dont l'expiration couvre le vice d'incompétence, et nous n'aurions pas hésité à le faire, si le fait qu'une affaire est en état pouvait être comparé à la *litis contestatio* du droit romain, après laquelle on ne pouvait plus changer ses conclusions, obtenir une nouvelle formule, sans recourir à la *restitutio in integrum*. Mais ce fait a simplement pour effet de lier contradictoirement les débats, et les parties peuvent, même après que l'affaire est en état, modifier encore leurs conclusions. C'est pourquoi nous avons cru devoir prendre plutôt comme terme la

(1). Exposé des motifs du projet de Code de proc. civ. de 1894 sur art. 3 et 4 du titre 8 du liv. II J. O. année 1894, *Doc. parl.*, annexe 596 de la session ord., pages 665 et suiv. — Projet de 1898, même passage, J. O. 1898, *Doc. parl.*, session extraord., annexe n° 283, pages 162 et suiv.

clôture des débats, après laquelle de nouvelles conclusions ne peuvent plus être prises.

On pourrait songer à voir dans ce mode d'extinction une présomption que les parties, considérant le tribunal saisi comme compétent, n'ont pas eu à user de leur droit de critique.

Mais une présomption peut toujours être détruite par la preuve contraire, tant que la loi n'y attache pas le caractère d'irréfragabilité, en déclarant la preuve contraire irrecevable ; or, il n'y a rien de tel dans la loi qui dit seulement que l'incompétence doit être invoquée avant toute autre exception ou défense. Rien n'empêcherait donc les parties de prétendre invoquer encore l'incompétence après l'expiration du délai précité, en prouvant que c'est à tort qu'on a présumé qu'elle considérait le tribunal irrégulièrement saisi comme compétent.

Pour nous, si la clôture des débats couvre le vice d'incompétence, éteint le droit de critique accordé aux parties, c'est simplement dans un but d'utilité sociale. Nous avons déjà eu l'occasion de montrer tous les inconvénients qu'ont les querelles sur la compétence ; ces querelles sont une source intarissable de procès particuliers, indépendants du fond des litiges, une mine inépuisable pour la chicane, et ce, d'autant plus que l'appel du chef d'incompétence est toujours recevable et ouvre généralement le pourvoi en cassation ; c'est en outre une source de frais pour les plaideurs, une cause de perte de temps.

C'est pour tarir ces sources fécondes de procès motivés uniquement par l'esprit de chicane, qu'il faut s'efforcer de réduire le plus possible les délais pendant lesquels les parties peuvent se prévaloir de l'incompétence, de les réduire aux strictes limites, au delà desquelles on porterait atteinte à la bonne administration de la justice.

Pour que les parties soient forcloses du droit de se pré-

valoir de l'incompétence, il faut que le tribunal ait prononcé la clôture des débats. A l'inverse de ce qui se produit lorsque le droit de critique s'éteint par une renonciation tacite, l'incompétence n'est pas couverte dans ce cas par une autre exception, une demande en communication de pièces, un appel en garantie, des conclusions au fond.

Il faut que le tribunal sur le point de rendre sa première décision dans la cause, ait prononcé la clôture des débats. Mais la décision que le tribunal doit rendre peut être une décision sur le fond. Ce peut être soit un jugement définitif, soit simplement un jugement interlocutoire ou même préparatoire ; ce peut être au contraire un jugement sur un incident de procédure à rendre avant que l'instance ne soit engagée au fond. Toutefois, la clôture des débats avant un jugement sur certains incidents ne couvre pas l'incompétence. Tels sont les jugements par lesquels un tribunal ordonnerait à une des parties de fournir la caution *judicatum solvi* (si l'exception de caution à fournir par l'étranger ne constitue pas une présomption de renonciation de la part des parties à se prévaloir de leur droit de critique, à plus forte raison ne peut-elle couvrir une incompétence dans des cas plus graves). La clôture des débats avant un jugement ordonnant communication de pièces à la partie adverse pour baser sa demande en renvoi au tribunal compétent ne couvrirait pas non plus l'incompétence et il en serait également ainsi toutes les fois qu'un incident s'élèverait relatif à une question de compétence.

Ces règles sont celles posées par les articles 169 et 424 du C. p. c. ; si en effet, la renonciation à se prévaloir de l'incompétence n'est pas possible, rien n'empêche à notre avis les parties de conclure au prononcé de l'incompétence tant que le débat n'est pas clos.

On ne peut considérer les articles précités que comme interdisant simplement aux parties de se prévaloir de l'in-

compétence après avoir proposé et obtenu un jugement rendu sur leurs conclusions, mais ils n'interdisent pas de conclure en même temps sur une exception d'incompétence et sur une autre exception, car si la première est rejetée, le tribunal peut statuer immédiatement sur la seconde, ce qui évite les frais d'un double jugement.

2° Pour le Ministère public et le tribunal. — Pour le Ministère public et le tribunal, l'incompétence se couvre par le fait que celui-ci a rendu sa première décision sans prononcer l'incompétence et sans que le Ministère public l'ait invoquée dans ses conclusions. Mais le tribunal doit alors et toujours se dessaisir d'office, et le Ministère public demander d'office le renvoi au tribunal compétent. On ne peut donc parler de renonciation : l'obligation pour le tribunal comme pour le Ministère public, est impérative. Il n'appartient ni à l'un ni à l'autre de renoncer à leur obligation.

On pourrait, comme lorsque l'incompétence est couverte pour les parties, parce qu'elles ont laissé clore les débats sans user de leur droit de critique, considérer que le fait pour le Ministère public de ne pas opposer l'incompétence, dans ses premières conclusions, et pour le tribunal de ne pas la prononcer d'office en rendant son premier jugement équivaut à une présomption que le ministère public regarde le tribunal irrégulièrement saisi, comme compétent, et que ce tribunal se considère lui-même comme compétent, ce qui expliquerait assez heureusement que, tenus l'un et l'autre de se prévaloir de l'incompétence, ni l'un ni l'autre ne l'aient invoqué.

Mais on ne pourrait expliquer que le Ministère public, s'apercevant de l'incompétence du tribunal saisi, le tribunal se rendant compte lui-même de son incompétence, ne puissent l'invoquer et la prononcer, alors que celle-ci peut compromettre la bonne administration de la justice.

C'est plutôt dans un but d'intérêt général, pour éviter

des querelles sur la compétence, les frais et les lenteurs inhérents à tout renvoi du chef d'incompétence prononcé après que le procès est engagé devant la juridiction saisie, qu'il faut considérer, toutes les fois que la chose est possible, le fait que le tribunal a rendu sa première décision dans l'affaire, comme couvrant l'incompétence, vis à vis du Ministère public et du tribunal.

Pour que l'incompétence soit couverte, il faut d'ailleurs que le tribunal ait rendu dans la cause une première décision soit préparatoire, interlocutoire, ou sur le fond, sans que le Ministère public ait conclu au prononcé de l'incompétence et sans que lui-même l'ait prononcée. Mais, comme pour les parties, il faudrait réserver le cas où il ne s'agirait que d'une question tout à fait préjudicielle, ne pouvant être considérée comme engageant le procès. Le jugement par lequel le tribunal prescrit à l'une des parties de fournir la caution *judicatum solvi*, de communiquer une pièce pour plaider sur la compétence, ne couvre pas le vice d'incompétence.

3° Justification de ces solutions. — Ici encore ce sont les articles 168, 169 et 424, alinéa 5 qui doivent s'appliquer *mutatis mutandis* : il ne peut en effet être question pour le tribunal ou le Ministère public de soulever le déclinatoire d'incompétence avant toute autre exception ou défense, puisqu'ils n'ont ni exception à invoquer, ni défense à présenter. Ce qu'il faut c'est que le Ministère public ne conclue pas au renvoi du chef d'incompétence et que le tribunal lui-même ne le prononce pas, après avoir statué sur le mérite d'une autre exception, d'une défense ou de conclusions au fond présentées par les parties.

L'article 170 ne peut être en effet appliqué à aucune de ces hypothèses, puisque, ainsi que nous l'avons montré ci-dessus, l'incompétence ne peut être considérée comme à raison de la matière.

Après la clôture des débats, les parties sont forcloses du droit d'exercer leur droit de critique; après que le tribunal a rendu sa première décision, il ne peut plus se dessaisir, ni le Ministère public conclure au renvoi. L'affaire est régulièrement portée devant lui en première instance et devant le tribunal supérieur dont il ressortit en appel. En effet même dans le cas où l'affaire aurait dû être portée devant un tribunal placé à un degré inférieur au tribunal saisi, et où par suite la Cour d'appel serait appelée à connaître d'une affaire dont normalement elle n'aurait dû connaître à aucun titre, celle-ci néanmoins jugerait équitablement l'affaire.

Par son mode de composition, par les capacités exigées des magistrats qui en font partie, la Cour d'appel présente toute garantie pour connaître d'une affaire dans ces conditions. A plus forte raison l'affaire serait-elle bien jugée, si elle était portée en première instance devant le tribunal qui aurait dû en connaître en appel.

D'autre part, la bonne administration de la justice ne saurait être compromise par quelques affaires que, pour ne pas s'être dessaisi d'office, conformément aux prescriptions de la loi, un tribunal aura laissé déférer au juge d'appel, bien que celui-ci n'ait pas qualité pour en connaître, ou parce qu'il aurait lui-même connu comme juge de première instance d'une affaire dont il n'aurait dû connaître que comme juge du second degré.

Toutefois, l'affaire ne peut être considérée comme régulièrement portée devant le tribunal d'appel lorsque, de la compétence du juge de paix par sa valeur, elle devient, en appel, de la compétence du tribunal d'arrondissement par l'augmentation des prétentions de l'une des parties.

Mais rien à notre avis, ne s'oppose à ce que dans ce cas, les parties s'accordent pour continuer l'instance engagée devant le tribunal d'arrondissement. Celui-ci ne risque pas

de mal juger l'affaire puisque, si cette dernière était portée devant le tribunal compétent, il en serait saisi. C'est à peine si l'on peut dire qu'il y a violation d'une règle de compétence introduite pour assurer la bonne administration de la justice. Les principales conséquences, si le renvoi au tribunal d'arrondissement statuant comme tribunal de première instance n'est pas prononcé, c'est que les parties sont privées de la garantie du double degré de juridiction.

L'incompétence, dans ce cas, pourra donc être invoquée par les deux parties, parce que la partie même qui a fait sortir la cause de la compétence du juge de paix, et à plus forte raison, l'autre partie n'ont pas renoncé de ce fait à la garantie du double degré de juridiction. Mais l'incompétence sera couverte, pour la partie qui, par ses conclusions a fait sortir la cause de la compétence du juge de paix, si, dans ces conclusions, le renvoi au tribunal d'arrondissement statuant comme juge de première instance n'a pas été expressement demandé. Pour l'autre partie, elle sera couverte si, à ces conclusions, elle a opposé de simples conclusions au fond sans demander en même temps le renvoi.

On tirera de ces faits la présomption qu'elles renoncent au bénéfice du double degré de juridiction, présomption sans inconvénient, en raison des garanties dont la loi entoure les plaideurs devant les tribunaux d'arrondissement.

§ 9. — En première instance, le droit de critique est ouvert également aux tiers demandant a intervenir aux débats, ou cités en intervention forcée par les parties : il s'éteint par une décision définitive du tribunal. — En appel, il s'éteint lorsqu'il n'est pas invoqué avant que le tribunal d'appel ne prononce lui-même la clôture des débats ou ne rende sa première décision dans l'affaire.

Lorsque, au contraire, le litige porte sur une matière exclue entièrement de la compétence du tribunal qui en est saisi, et que, par son mode de recrutement ou sa composition, il laisse craindre qu'il ne juge mal l'affaire, le droit de critique doit être accordé non seulement aux parties, aux tiers appelés en garantie, mais aussi aux tiers qui demandent à intervenir, ou sont cités en intervention forcée.

### a) *Cas d'application*

C'est le cas : 1° Lorsqu'un tribunal de commerce est saisi d'une affaire de la compétence du tribunal d'arrondissement, du juge de paix (1) ou du Conseil de prud'hommes (à l'exception des contestations entre patrons et employés de moins de 1.000 francs).

2° Lorsque le juge de paix est saisi d'une affaire de la compétence du tribunal d'arrondissement (autre qu'une affaire dépassant le taux de sa compétence *ratione quantitatis*) ou du tribunal de commerce (1) (autre qu'une affaire de sa compétence ayant le caractère commercial).

(1) Il faut faire exception dans ces diverses hypothèses, pour les actes mixtes (*ex re* ou *ex persona*). Voyez à ce sujet la note 1 de la page 172.

3° Lorsque le Conseil de prud'hommes est saisi d'une affaire de la compétence du juge de paix ou du tribunal de commerce (autre qu'une contestation entre patron et employé dépassant la somme de 1.000 francs).

Dans ces trois hypothèses, le tribunal incompétent est saisi d'une affaire dont il ne connait jamais à aucun titre. Ce tribunal, d'autre part, ne présente pas les garanties nécessaires pour juger équitablement le litige : le tribunal de commerce et le Conseil de prud'hommes sont composés de juges élus ; en justice de paix la collégialité des juges n'existe pas, et l'on n'exige pas des magistrats qui composent ces diverses juridictions les connaissances qu'on exige des juges de droit commun. Ils ne peuvent donc convenablement juger que les matières qui composent leurs attributions.

Il s'agit, par ailleurs, d'incompétence à raison de la matière, puisqu'alors le litige déféré au tribunal incompétent porte sur une matière absolument exclue de la compétence de ce tribunal. Ce sont les art. 170 et 424, alinéa 1er qui s'appliquent.

b) *Qui peut, ou doit, exercer le droit de critique*

Dans ces hypothèses, ainsi que nous le montrerons plus loin, l'incompétence peut être prononcée en tout état de cause par le tribunal. Il en résulte que le droit de critique doit être ouvert aux parties, non seulement parce qu'elles ne peuvent renoncer à l'observation de la règle de compétence, aux tiers en garantie, non seulement parce que la loi ne les oblige qu'à plaider devant le tribunal normalement compétent pour la demande principale, mais aux uns et aux autres parce que tous ont un intérêt évident à faire prononcer le plus tôt possible une incompétence qui ne peut se couvrir que par l'épuisement de toutes les voies de

recours ou l'expiration des délais pour en user, à seule fin de s'éviter des frais et des pertes de temps inutiles.

Pour la même raison le droit de critique doit être ouvert également aux tiers qui auraient demandé à intervenir ou qui auraient été mis en cause par les parties. Bien que la question de compétence doive leur demeurer étrangère, leur intervention et leur mise en cause leur impose néanmoins des frais et des pertes de temps qui deviendraient sans utilité, s'ils doivent intervenir ou être mis en cause à nouveau devant un autre tribunal, à la suite d'une décision par laquelle le juge d'abord saisi se déclare incompétent.

Seuls les tiers faisant tierce opposition à un jugement ou arrêt ne peuvent exercer aucun droit de critique, parce que la question de compétence doit leur demeurer étrangère, et que, d'autre part, ils n'ont aucun intérêt à faire valoir pour soulever à nouveau cette question, puisque le jugement n'est modifié qu'à leur égard, et pour autant qu'il leur porte préjudice, et reste définitif pour les parties.

Ici, d'ailleurs, la loi est un peu plus précise, si l'article 170 et l'article 424, alinéa 1er, ne spécifient pas quelles sont les personnes qui peuvent se prévaloir de l'incompétence, du moins laissent-ils entendre que ce droit n'est pas réservé au seul défendeur. Quant à la détermination exacte de ces personnes, étant donné le silence du législateur, c'est encore aux principes généraux qu'il faut revenir, pour solutionner cette question, et ouvrir le droit de critique, non seulement aux seules parties et aux tiers appelés en garantie, mais à toutes personnes pouvant justifier d'un intérêt à exercer ce droit.

D'autre part, il est hors de doute que le tribunal doit lui-même et d'office invoquer l'incompétence, puisqu'il a l'obligation de le faire toutes les fois que la violation de la

règle attributive de juridiction compromet la bonne administration de la justice (1).

### c) *Comment s'éteint le droit de critique*

1° En première instance. — En première instance l'incompétence peut être invoquée en tout état de cause ; la renonciation est alors impossible, parce que la violation de la règle de compétence compromet gravement la bonne administration de la justice, en raison de l'inaptitude du tribunal, saisi irrégulièrement, à bien connaître de l'affaire.

L'incompétence, d'autre part, ne peut se couvrir par la clôture des débats, alors que le tribunal et le ministère public peuvent s'en prévaloir en tout état de cause. Les parties pour s'éviter des frais et des pertes de temps ont intérêt à la soulever dès que possible, à quelque phase que l'on soit de la procédure, sans que le tribunal la prononce à la requête du Ministère public, ou d'office.

C'est pourquoi, si c'est encore l'expiration d'un délai qui éteint le droit de critique des parties dans ces diverses hypothèses, ce délai ne s'achève pas à la clôture des débats, mais seulement lorsque la chose litigieuse est définitivement jugée au fond ; c'est ce que l'article 170 exprime en disant que l'incompétence peut être invoquée en tout état de cause.

En première instance, enfin, le tribunal doit critiquer sa propre compétence, tant qu'il n'est pas dessaisi définitivement de l'affaire. En d'autres termes, l'obligation de critique imposée au tribunal s'éteint par son dessaisissement

(1) Nous ne disons pas que le Ministère public est tenu lui-même de soulever la question de compétence, parce que dans les hypothèses que nous envisageons actuellement, il n'est pas représenté devant la juridiction incompétente.

définitif. C'est également dans un but d'intérêt général que l'on admet qu'un tribunal définitivement dessaisi ne peut plus se prévaloir de l'incompétence. Il faut éviter avant tout que ce qui est jugé ne puisse être remis en cause, sous prétexte que le tribunal est incompétent, ce qui permettrait au plaideur débouté de retarder, à son gré, et sans raison sérieuse, l'exécution du jugement. Il n'y aurait plus alors de fin au procès.

Pour que le droit de critique soit éteint, il faut donc que le dessaisissement du tribunal soit définitif. Un dessaisissement temporaire n'éteindrait pas l'obligation de critique du tribunal. Lorsque les parties se présentent à nouveau devant lui, le tribunal doit encore se déclarer lui-même d'office incompétent. Un jugement interlocutoire ou préparatoire ne couvrirait donc pas l'incompétence. Il faut un jugement définitif sur le fond, terminant définitivement le procès entre les parties, du moins devant le tribunal de première instance. Toutefois un jugement par défaut ne couvrirait l'incompétence qu'autant qu'il ne serait pas frappé d'opposition. En statuant sur l'opposition, le tribunal aurait à nouveau le devoir de se déclarer incompétent. L'opposition en effet remet en question tout le procès entre les parties. La tierce opposition, au contraire, ne pourrait faire renaître, pour le tribunal, l'obligation de se prévaloir de l'incompétence, parce qu'elle ne fait pas tomber le jugement rendu à l'égard des parties. Vis à vis d'elle, ce jugement a acquis l'autorité de la chose jugée.

Pour que la décision rendue par le tribunal entraîne effectivement l'extinction du droit de critique des parties, il faut en outre qu'elle soit passée définitivement en force de chose jugée ; si elle est frappée d'appel, les parties seraient à nouveau en droit d'user de leur droit de critique, le tribunal et le Ministère public devraient critiquer également la compétence du tribunal irrégulièrement saisi, l'incompé-

tence du tribunal de première instance entraînant nécessairement celle du tribunal d'appel.

Toutefois, devant le tribunal d'appel, le droit de critique des parties doit être considéré comme éteint, lorsque le tribunal prononce la clôture des débats, celui du Ministère public et du tribunal d'appel, par la première décision rendue dans la cause.

Le tribunal d'appel, par sa composition et la capacité des magistrats qui le composent, présente, comme dans l'hypothèse précédente, toute garantie pour bien juger l'affaire quel que soit le tribunal qui ait été compétent pour la juger en première instance. La bonne administration de la justice ne peut, par suite, être compromise d'autant plus que l'incompétence devant être prononcée d'office par le juge saisi en première instance et par le tribunal d'appel au début du procès, les hypothèses où il restera définitivement saisi du litige seront en fait assez rares.

Cette solution se justifie aisément, lorsque c'est le tribunal de commerce qui a été saisi d'une affaire de la compétence du tribunal d'arrondissement, ou le Conseil de prud'hommes d'une affaire de la compétence du juge de paix. Le tribunal d'appel est juge commun des deux tribunaux en concurrence. Il ne peut donc s'agir pour lui d'incompétence à raison de la matière. L'incompétence n'est pas non plus en raison de la matière lorsque c'est le juge de paix ou le Conseil de prud'hommes qui ont été saisis d'une affaire de la compétence du tribunal de commerce, l'incompétence du tribunal d'arrondissement pour les affaires commerciales ne pouvant être considérée comme à raison de la matière.

La solution est plus difficile à justifier lorsque c'est le tribunal de commerce qui a été saisi d'une affaire de la compétence du juge de paix ou du Conseil de prud'hommes, affaires dont la Cour d'appel n'est jamais appelée à con-

naître. Il semble bien alors que son incompétence soit *ratione materiæ*.

Mais, ainsi que nous l'avons déjà dit, ce que le Code vise sous le nom d'incompétence à raison de la matière, c'est l'incompétence intéressant l'ordre public. Or, l'ordre public n'est, en fait, réellement intéressé que lorsque le tribunal incompétent risque de mal juger une affaire, parce qu'il ne présente pas les aptitudes nécessaires pour en connaître, ce qui n'est pas le cas.

D'ailleurs les affaires de la compétence du juge de paix et du Conseil de prud'hommes ne sont au fond que des affaires civiles, et si, en première instance, le tribunal d'arrondissement et le tribunal de droit commun pour toutes les affaires civiles, en appel, le tribunal de droit commun, c'est la Cour d'appel, qui a en quelque sorte une vocation éventuelle à connaître de toutes les matières civiles, de sorte qu'elle n'est, en fait, jamais absolument incompétente en raison de la matière pour les affaires de la compétence des tribunaux d'exception, alors que ces derniers, dont les attributions sont toujours limitées à une catégorie déterminée d'affaires, sont réellement incompétentes *ratione materiæ* pour toutes les affaires qui ne rentrent pas dans cette catégorie.

§ 10. — Le droit de critique peut être exercé par tous les plaideurs intéressés au procès, y compris les tiers cités en intervention forcée ou ayant demandé a intervenir. Il doit l'être par le Ministère public et le tribunal et ne s'éteint que par une décision sur le fond, définitivement passée en force de chose jugée.

L'incompétence enfin peut être invoquée parfois par toutes les parties : par les tiers appelés en garantie, les tiers cités en intervention forcée, les tiers qui demandent à interve-

nir, elle doit être opposée d'office par le tribunal et le Ministère public en tout état de cause, non seulement en première instance, mais même en appel et devant la Cour de cassation.

### a) *A quels cas s'appliquent ces solutions*

C'est lorsque la violation de la règle de compétence porte atteinte à l'ordre public. C'est par excellence le domaine d'application de l'article 170, qui parle d'incompétence à raison de la matière, parce que l'incompétence à raison de la matière était considérée lors de la rédaction du Code de procédure comme la sanction de la violation des règles de compétence touchant à l'ordre public.

Les règles de compétence intéressant l'ordre public sont :

1° Celle par laquelle la loi attribue compétence au tribunal de commerce en matière de faillite : la faillite est une institution d'ordre public, et tout ce qui concerne la faillite doit être considéré comme d'ordre public.

2° Celle par laquelle la loi attribue compétence pour les poursuites en paiement de leurs frais faites par les officiers ministériels et pour les poursuites contre les huissiers.

Le législateur ayant pour ces matières attribué juridiction aux tribunaux qui peuvent ou doivent exercer une surveillance sur les officiers ministériels, aucun autre tribunal ne peut remplacer ces tribunaux pour connaître de ces questions. Il serait très dangereux en effet que des officiers ministériels pussent, en éludant la compétence du tribunal déterminée par la loi, compromettre la considération dont ils jouissent, en demandant plus ou moins que ce qui leur est dû ou en motivant des poursuites légitimes contre eux, à l'occasion de l'exercice de leur ministère.

3° Celle par laquelle la loi institue le juge des référés et délimite ses attributions.

La situation du juge des référés est en effet analogue à celle d'un juge d'exception saisi d'une matière qui ne lui est pas expressément attribuée (1).

Il importe d'autre part de réduire aux limites légales les droits du juge des référés, sous peine de faire tomber toutes les garanties accordées aux plaideurs par la loi. Le juge des référés est juge unique, appelé à prendre des décisions (2) immédiates et provisoires dans les cas d'urgence. Ces décisions risquent parfois d'être contraires aux droits respectifs des parties, vu les conditions dans lesquelles elles sont prises.

L'article 809 du C. p. c. décide d'ailleurs expressément que les ordonnances sur référé ne feront pas préjudice au principal (3).

Admettre que l'incompétence serait couverte si elle n'était pas invoquée *in limine litis*, ce serait donc risquer de compromettre gravement la bonne administration de la justice, et si, d'autre part l'application de l'article 170 présente généralement des inconvénients (frais et pertes de temps inutiles) en l'espèce ces inconvénients ne sont pas très graves, puisque l'incompétence n'aura d'autre effet que de faire tomber la décision du juge des référés, dans un cas où cette décision n'avait de raison d'être.

On pourrait objecter qu'il y aurait intérêt, conformément aux tendances actuelles, à étendre les attributions du juge des référés et à l'autoriser à statuer, par exemple, en matière commerciale. Mais, à notre avis, si cette extension est

(1) Rousseau et Laisney, *Dict. de proc. civ.* V° excep. n° 54, p. 301, tome IV.

(2) Gand, 24 déc. 1880, Pasic, 1881, 2, 105.

(3) Bioche, *Dict. de p. c.* V° excep. n° 32 et suiv. tome III, p. 658 et suiv.

désirable, il faut qu'elle soit expressément autorisée par le législateur. Dans l'intérêt de l'ordre public, il faut que les attributions du juge des référés soient nettement délimitées et que ce dernier ne puisse sortir du cercle de ses attributions.

En d'autres termes, nous rejetons seulement l'extension de la compétence du juge des référés en dehors de la loi, mais nous ne sommes nullement opposés à une extension légale de sa compétence.

Les violations des règles de compétence qui portent atteinte à l'ordre public, sont celles qui ont pour conséquence une atteinte au principe de la souveraineté et au principe de la hiérarchie judiciaire.

Il est évident qu'il est essentiel, sous peine de tomber dans l'anarchie, d'imposer aux plaideurs le respect de l'ordre hiérarchique, de leur interdire formellement de saisir comme tribunal supérieur un tribunal placé au même degré ou à un degré inférieur, par rapport au tribunal saisi en premier lieu, ou un tribunal qui, bien que placé en fait au dessus du tribunal saisi comme juge du premier degré, ne lui est pas hiérarchiquement supérieur parce que celui-ci ne se trouve pas dans son ressort.

Les plaideurs doivent également respecter la souveraineté des tribunaux : ils ne peuvent prétendre faire réformer la décision d'un tribunal qui aurait qualité pour prendre cette décision souverainement et en dernier ressort. Ainsi, saisir un tribunal d'appel d'une décision rendue en dernier ressort par un tribunal de première instance, saisir la Cour d'appel d'une décision rendue par le tribunal d'arrondissement statuant comme juge d'appel du Conseil de prud'hommes et du juge de Paix, saisir la Cour de cassation d'une question de fait, soit en portant *de plano* une affaire devant elle, soit en la saisissant comme un juge placé à un degré supérieur, c'est porter atteinte à la souveraineté judiciaire ;

saisir un tribunal d'appel d'une décision rendue par un tribunal de première instance qui n'est pas dans son ressort, c'est porter atteinte aux principes de la hiérarchie (1). C'est dans tous ces cas, porter atteinte à l'ordre public. Saisir la Cour d'appel *de plano,* c'est encore porter atteinte à l'ordre public, parce qu'il y a atteinte à la hiérarchie. On peut bien admettre qu'un tribunal supérieur, devant lequel des plaideurs se sont régulièrement présentés, connaisse de points non débattus devant le juge du premier degré, puisque la loi l'admet parfois expressément (tierce opposition incidente), mais les parties ne peuvent attribuer au juge d'appel les fonctions du juge du premier degré, sinon l'institution même du juge d'appel aurait manqué son but.

b) *Qui peut ou doit exercer le droit de critique*

Dans toutes ces hypothèses, le droit de critique est ouvert aux parties et aux tiers appelés en garantie, qui ne peuvent renoncer au bénéfice d'une règle de compétence intéressant l'ordre public (art. 6 du Code civil), aux tiers qui demanderaient à intervenir ou seraient cités en intervention forcée, en raison de l'intérêt qu'ils ont à faire renvoyer le plus tôt possible au tribunal compétent une cause qui pourra y être renvoyée d'office ultérieurement. Le tribunal et le Ministère public sont tenus d'autre part de cri-

(1) Toutefois, les parties ne portent pas atteinte à la hiérarchie lorsque, à la suite d'un pourvoi contre la décision d'un tribunal rendu sur un incident de procédure, elles saisissent de tout le litige le tribunal devant lequel l'affaire a été renvoyée par la Cour suprême. C'est conformément à la loi qu'elles se sont présentées devant ce tribunal et, dans l'intérêt général des plaideurs, pour éviter des solutions contradictoires et les conséquences des mauvaises dispositions du tribunal vis à vis de plaideurs qui ont fait casser une de ces décisions, de permettre à ceux-ci de s'accorder pour saisir le tribunal de renvoi de tout leur litige.

tiquer la compétence. Obligés de le faire, lorsque la bonne administration de la justice est compromise, ils y sont tenus à plus forte raison, lorsque la violation de la règle de compétence porte atteinte à l'ordre public. Ces solutions, qui ne sont inscrites qu'en partie dans la loi, laquelle ne prescrit qu'au tribunal de se dessaisir d'office, sont imposées par la combinaisoon des articles 170 et 424, alinéa 1 et par les principes généraux de notre organisation judiciaire.

c) *Contre qui peut être exercé le droit de critique*

En principe, toute personne est sujette du droit de critique et ne peut opposer une fin de non recevoir quand il est exercé.

Toutefois, le titulaire du droit de critique ne peut exercer ce droit devant la Cour de cassation, s'il est basé sur des faits qui n'ont pas été portés à la connaissance des juges saisis du litige. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens, dans un cas d'incompétence que nous n'avons pas traité, parce que sortant des limites de notre sujet, celui où une autorité judiciaire est saisie d'une affaire administrative (Cass. req., 26 fév. 1861, D., 1861, I, 448. — 11 nov. 1867, D., 1868, I, 426. — 19 mars 1868, D., 1868; I, 486; S., 1869, I, 414. — Cass. civ., 5 juil. 1905, S., 1906, I, 45). Mais la question aurait pu se poser également dans toutes les autres hypothèses d'incompétence où celle-ci peut être invoquée pour la première fois en cassation.

Dans les quelques décisions qu'elle a rendues dans la matière, la jurisprudence s'est d'ailleurs contentée d'affirmer que l'incompétence ne pouvait être invoquée dans ce cas, sans justifier sérieusement son affirmation, et il lui était difficile de le faire, parce que dans la théorie classique, l'incompétence n'est qu'une qualité d'un juge ou d'un tribunal, entraînant nécessairement certaines consé-

quences, et non la violation d'une prescription légale, entraînant, pour certaines personnes, un droit de critique vis-à-vis de la compétence du tribunal irrégulièrement saisi. Il ne peut être alors question de sujets passifs.

Au contraire, si l'on admet l'idée du droit de critique, l'impossibilité pour une partie, d'invoquer l'incompétence en cassation, dans ces conditions, s'explique aisément. Le tribunal que l'on prétend incompétent, en s'appuyant sur des faits qui ne lui ont pas été soumis, apparaît comme ayant été compétemment saisi aux yeux des autres parties en cause, du ministère public et du juge lui-même. La procédure faite devant lui, les décisions qu'il a rendues, produisent tous leurs effets, en raison de cette apparence de compétence, de même qu'un acte nul en principe peut produire ses effets lorsqu'il n'apparaît pas comme entâché de nullité (actes faits par l'héritier apparent).

Le titulaire du droit de critique ne peut non plus exercer son droit, lorsque la Cour de cassation est obligée d'entrer dans l'examen des faits, pour en vérifier le bien fondé, soit que le moyen se trouve mélangé de fait et de droit, soit qu'il repose uniquement sur une question de fait.

La jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises dans ce sens, non seulement dans des hypothèses où une autorité judiciaire était saisie d'une affaire administrative, mais aussi dans des hypothèses où l'incompétence ne tenait pas à l'empiètement de l'autorité judiciaire sur l'autorité administrative (incompétence du tribunal de commerce ou du juge de paix pour une affaire de la compétence du tribunal d'arrondissement, accroissement du nombre des degrés de juridiction) (1).

(1) Cass. civ., 15 avril 1850, D., 1850, I, 120. — 19 mars 1866, S., 66, I, 210, D., 1806, I, 156. — 10 avril 1867, D., 1867, I, 386. — 4 janv. 1886, S., 1889, I, 21, Pand, 1889, I, 32. — 10 déc. 1888, S., 1889, I, 309. — 3 août 1892, S., 1895, I, 389. — 5 juil. 1905, S., 1906,

Si le titulaire du droit de critique ne peut exercer son droit dans le cas où la Cour suprême est tenue d'entrer dans l'examen des faits pour en vérifier le bien fondé, c'est encore parce que, lorsqu'elle est saisie de l'affaire, le tribunal devant lequel celle-ci a été portée, apparaît comme compétent. En effet, la Cour de cassation est juge du droit et non du fait. Elle ne peut par suite examiner les faits de la cause en aucun cas, même pour vérifier une incompétence d'ordre public ou constater un empiètement de l'autorité judiciaire sur l'autorité administrative.

Les points de droit sont les seuls points susceptibles d'être déférés à l'examen de la Cour suprême. Or, ces points de droit ne révèlent pas l'existence de l'incompétence, puisque, pour la vérifier, la Cour de cassation doit entrer dans l'examen des faits. Par suite, le tribunal saisi du litige apparaît en fait comme compétemment saisi, aux yeux des autres parties comme à ceux du Ministère public et de la Cour suprême. C'est pourquoi, le titulaire du droit de critique ne peut exercer son droit, ni à l'encontre des autres parties du procès, ni à l'encontre du Ministère public ou de la Cour de cassation.

### d) *Comment s'éteint le droit de critique*

L'article 170, dans les hypothèses qui nous occupent, doit s'appliquer aussi bien en première instance qu'en appel ou en cassation. L'incompétence peut donc être invoquée en tout état de cause devant ces diverses juridictions. Le droit de critique ne s'éteint effectivement que par une décision définitive sur le fond, et passée définitivement en force de chose jugée.

I, 45. — Cass. req., 30 mars 1885, S., 1886, I, 167, D., 1886, I, 110. — 18 janv. 1887, S., 1890, I, 450.

Il faut une décision définitive sur le fond : un jugement interlocutoire ou préparatoire, un jugement d'avant dire droit ne couvrirait pas le vice d'incompétence. Il faut une décision terminant définitivement la contestation pendante entre les parties.

Il faut en outre une décision passée définitivement en force de chose jugée, c'est à dire une décision qui ne puisse plus être attaquée par aucune voie légale ouverte aux plaideurs. Une décision rendue par défaut, une décision rendue par un tribunal de première instance ou d'appel, n'éteindrait pas le droit de critique, tant que les délais d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation ne seraient pas expirés.

En d'autres termes, il faut une décision qui ne soit plus susceptible d'être attaquée, parce que toutes les voies de recours ont été épuisées ou parce que les délais pour user de ces voies de recours sont expirés.

C'est en somme encore l'expiration d'un délai qui couvre l'incompétence, délai dont le terme est fixé au moment où la chose est définitivement jugée entre les parties et passée en force de chose jugée. Le terme du délai est justifié par les nécessités pratiques ; à toute chose il faut une fin et il n'y aurait plus de justice possible si les plaideurs après avoir obtenu un jugement définitif sur une contestation quelconque, devaient rester pendant un temps plus ou moins long sous la menace d'une annulation du jugement qu'ils ont obtenus, sous prétexte d'incompétence.

# CONCLUSION

En résumé, à notre avis, l'incompétence ne doit être considérée comme relative que lorsque la violation de la règle de compétence prive les parties du bénéfice d'une règle introduite en leur faveur : le droit de critiquer la compétence du tribunal incompétent n'appartient alors qu'aux parties et aux tiers appelés en garantie, il ne peut être exercé en général par le demandeur contre les autres parties, il s'éteint par une renonciation expresse ou tacite, antérieure ou postérieure à la naissance du litige, par un acquiescement exprès ou tacite au jugement par lequel le tribunal se déclare compétent.

Le droit de critique est ouvert au Ministère public (il devient alors une obligation) lorsque des incapables, des absents, des personnes morales publiques sont en cause, lorsque le procès est de nature à intéresser des tiers, si l'intérêt de ces diverses personnes risque d'être compromis. L'obligation du Ministère public est éteinte par les premières conclusions qu'il a prises sans exercer son droit de critique.

Le droit de critique est ouvert au tribunal incompétent (il devient encore une obligation) :

1° Dans les cas où il est ouvert au Ministère public, dans les juridictions où celui-ci n'est pas représenté.

2° Dans les juridictions inférieures, lorsque le tribunal estime que les parties ne l'ont saisi que parce qu'elles le croyaient compétent.

L'obligation du tribunal s'éteint par la première décision

qu'il rend dans la cause, sans prononcer le renvoi au tribunal compétent.

Il est ouvert à l'un et à l'autre (si le Ministère public est représenté dans la juridiction incompétente), lorsque la règle de compétence violée a été introduite dans l'intérêt de la bonne administration de la justice ou de l'ordre public, ou lorsque la violation de la règle de compétence compromet la bonne administration de la justice ou l'ordre public.

Enfin, le droit de critique est ouvert également aux tiers qui demandent à intervenir ou sont cités en intervention forcée devant toutes les juridictions (de première instance ou d'appel), lorsqu'elles doivent se dessaisir en tout état de cause, en raison de l'intérêt qu'ils ont à faire prononcer le plus tôt possible le renvoi de la cause au tribunal compétent.

Le droit de critique ne s'éteint pas, pour les parties, par un acquiescement tacite au jugement rendu sur la compétence, en justice de paix, où l'appel du chef d'incompétence n'est possible qu'après le jugement sur le fond.

Il ne s'éteint pas par une convention expresse antérieure à la naissance du litige, en matières d'assurances, de vente d'engrais.

Il ne s'éteint que par une renonciation expresse ou tacite faite postérieurement à la violation de la règle de compétence, lorsque cette violation prive les parties d'une garantie introduite en leur faveur, au risque de compromettre en même temps la bonne administration de la justice.

Il ne s'éteint que par une convention signée des parties et faite devant le juge, lorsque les plaideurs comparaissent volontairement devant un juge de paix ou un conseil de prud'hommes incompétent *ratione personæ vel loci*.

Il ne s'éteint, pour les parties, que par la clôture des débats, pour le tribunal et le Ministère public, que par la première décision du tribunal rendue dans l'affaire, lorsque

la règle de compétence violée est introduite dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, mais que celle-ci n'est pas gravement compromise, le tribunal incompétent présentant des aptitudes suffisantes pour bien juger le litige.

Dans le cas contraire, il ne s'éteint en première instance que par le dessaisissement définitif du tribunal incompétent, mais si les parties font appel, il s'éteint, devant le juge du second degré, par la clôture des débats et par la première décision rendue par le tribunal dans l'affaire.

Si enfin, la règle de droit violée est une règle d'ordre public, ou si sa violation porte atteinte à l'ordre public, il y a vraiment incompétence absolue. Non seulement le droit de critique est ouvert aux parties et aux tiers intervenant au procès à un titre quelconque (à l'exception du tiers qui ferait tierce opposition), mais, il peut être exercé tant qu'une décision sur le fond, passée définitivement en force de chose jugée n'est pas intervenue. Toutefois, le droit de critique ne peut être exercé en cassation, lorsqu'il est basé sur des faits que les juges de première instance ou d'appel n'ont pu connaître, ou si la Cour suprême doit entrer, pour statuer, dans l'examen des faits.

Telles sont les solutions qui, à notre avis, devraient être adoptées en matière d'incompétence. Ces solutions pourront sans doute être critiquées dans le détail. On pourrait objecter qu'il y aurait avantage à reconnaître aux parties le droit de renoncer au bénéfice de la juridiction du tribunal de commerce, pour saisir la juridiction du droit commun, il serait préférable de les autoriser à proroger la compétence *ratione quantitatis* du juge de paix ou du Conseil de prud'hommes, en leur imposant l'observation des formes de l'article 7 du C. p. c. pour éviter toute erreur dans l'interprétation de leurs intentions.

Les solutions que nous avons adoptées nous semblent

néanmoins, dans l'ensemble, répondre aux besoins de la pratique, dans la mesure où ces besoins peuvent se concilier avec les textes de loi actuellement en vigueur.

Elles montrent en tous cas, qu'il n'y a pas que deux espèces d'incompétence, l'une absolue, l'autre relative, mais que comme pour les nullités, on peut concevoir entre ces deux espèces toute une série de catégories intermédiaires, par lesquelles en partant de l'une des deux espèces créées par la théorie classique, on se rapproche par degrés de l'autre espèce.

Elles montrent également que c'est à tort que, jusqu'à ce jour, on a considéré l'incompétence comme la qualité d'un juge ou d'un tribunal entraînant forcément certaines conséquences. L'incompétence n'est en somme que la violation d'une règle de compétence ou d'organisation judiciaire, qui autorise ou oblige certaines personnes à exercer un droit de critique de la compétence du tribunal irrégulièrement saisi, contre certaines personnes, dans une forme déterminée, ce droit s'éteignant soit par la renonciation ou l'acquiescement exprès ou tacite des parties, la renonciation du tribunal ou du Ministère public, soit par l'expiration d'un certain délai.

Vu : Vu :

*Le Doyen de la Faculté de droit :* *Le Président de Thèse,*

P. Louis Lucas. L. Hugueney.

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 4 juillet 1919.

*Le Recteur de l'Académie,*

H. Padé.

# ADDENDA

Nous n'avons eu connaissance qu'après l'achèvement de cet ouvrage des modifications apportées par le législateur à la loi du 29 mars 1907 sur les Conseils de prud'hommes et en particulier aux dispositions de cette loi déterminant les attributions de cette juridiction (1).

L'art. 32 de la loi de 1907, modifié par la loi susvisée, est désormais ainsi conçu : Quel que soit le chiffre de la demande, les Conseils de prud'hommes sont seuls compétents pour connaître en première instance des différends visés à l'article premier. Toutefois, les différends entre les employés et leurs patrons peuvent être portés par les demandeurs devant les tribunaux ordinaires, lorsque le chiffre de la demande est supérieur à 2.000 francs en capital.

Abondonnant entièrement les idées classiques, le législateur de la loi du 3 juillet, s'est inspiré des tendances des législations modernes qui, loin de considérer l'incompétence des juridictions de droit commun pour les affaires de la compétence des tribunaux d'exception comme absolue, reconnaissent au contraire aux plaideurs le droit de porter ces affaires devant la juridiction ordinaire.

En effet, tout en étendant la compétence des Conseils de prud'hommes à toutes les contestations entre patrons et employés, quelle qu'en soit la valeur, la loi nouvelle réserve expressément au demandeur la faculté de saisir les tribunaux ordinaires d'une contestation de cette nature, avec cette restriction toutefois que la valeur de la contestation dépasse 2.000 fr. en capital.

(1) Loi du 3 juillet 1919.

# BIBLIOGRAPHIE

## LÉGISLATION

*Journal officiel de la République Française*, Années 1894-1898.

*Bulletin officiel de l'Empire Chérifien et du Protectorat Français*, n° 46 du 12 septembre 1913.

Locre, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1830.

Sirey, Lois annotées.

Dubarle, *Traduction du Code d'organisation judiciaire de l'Empire d'Allemagne*, Paris, 1887.

Glasson, Lederlin et Dareste, *Traduction du Code de procédure civile de l'Empire d'Allemagne*, Paris, 1887.

Sydow et Busch, *Civilprozessordnung*, Berlin, 1898.

Tripels, *Les Codes Néerlandais, Code de procédure civile.*

Codex *Juris Canonici*, Rome 1917.

*Projet de révision du Code de procédure civile italien, rivista di diritto civile*, année 1909.

*Oesterreichische zivilprozessordung 1895*, R. von Herzfeld, Leipzig.

## OUVRAGES DE JURISPRUDENCE

Brillon, *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, 1727.

Sirey, *Recueil périodique.*

Fuzier-Hermann, *Répertoire général alphabétique de droit français*, 1887.
Dalloz, *Jurisprudence générale* (recueil périodique).
Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence.*
Dalloz, *Répertoire*, supplément.
*Pandectes Françaises*, recueil périodique.
*Gazette des tribunaux* (recueil de jurisprudence).
*Gazette du Palais* (recueil de jurisprudence).
*Le Droit*, Journal judiciaire quotidien.
*Journal des faillites et liquidations judiciaires françaises et étrangères.*
*Journal des tribunaux de commerce.*
*Pasicrisie Belge* (recueil périodique).

## OUVRAGES DE DOCTRINE. DROIT ANCIEN

Digeste, Code. *Corpus juris civilis*, édit. Mommsen, Berlin, 1877.
Girard, *Textes de droit Romain*, 1913.
Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, 1842.
D'Argentre, *Commentaire sur la coutume de Bretagne*, 1628.
Loyseau, *Œuvres 1756. Traité des offices.*
Domat, *Œuvres 1835. Le droit public.*
Gui Pape, *Décisiones 1607.*
Serpillon, *Commentaire de l'ordonnance d'avril 1667*, 1676.
Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*, 1767.
Jousse, *Commentaire sur l'ordonnance du commerce*, 1841.
De Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, 1714.
Bacquet, *Œuvres, édition de Claude Joseph de Ferrière*, 1744.
Bornier, *Conférence des ordonnances de Louis XIV avec les anciennes ordonnances du royaume*, 1744.
D'Espeisses, *De l'ordre judiciaire ès-causes civiles*, 1750.
Rodier, *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV, d'avril 1667*, 1770..
Pothier, *Œuvres, édition Bugnet*, tome X, *traité de la procédure civile.*

Pigeau, *La procédure civile du Châtelet de Paris, et de toutes les juridictions ordinaires du royaume*, 1779.

Isambert, Durisy et Taillandier, *Recueil général des anciennes lois Françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la Révolution de 1789*, 1839.

Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome et du droit Français*, 1862.

Laferrière, *Essai sur l'histoire du droit français*, 1859.

## OUVRAGES DE DOCTRINE. — DROIT ACTUEL

Pigeau, *La procédure civile des tribunaux de France*, 1807.

Poncet, *Traité élémentaire de législation et de procédure, traité des actions*, 1817.

Poncet, *Traité des jugements*, 1822.

Vincens, *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de commerce*, 1821.

Henrion de Pansey, *De la compétence des juges de Paix*, 7e édition 1825.

Henrion de Pansey, *Œuvres judiciaires*, 1844, 4e partie, *Autorités judiciaires*.

Berriat-Saint-Prix, *Cours de procédure civile fait à la Faculté de Droit de Paris*, 1825.

Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, 1827-1830.

Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1829.

Thomine-Desmazures, *Commentaires sur le Code de procédure civile*, 1832.

Boitard, *Leçons de procédure civile*, publiées par Gustave de Linage, 1837.

Boitard, *Leçons de procédure civile*, 14e édition par Colmet D'Aage et Glasson, 1885.

Benech, *Justices de Paix et tribunaux civils, d'après les lois des 11 avril et 25 mai 1838*, 1838.

Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, 1837-1839.

Foucher, *Commentaire des lois des 25 mai et 11 avril 1838, relatives aux justices de paix et aux tribunaux de 1re instance*, 1839.

Carou, *De la juridiction civile des juges de paix*, 1839.

Carré, *Traité des lois de l'organisation judiciaire et de la compétence des juridictions civiles,* nouvelle édition par Foucher, 1839.

Carré et Chauveau, *Les lois de la procédure civile,* 3e édition, 1840.

Rodière, *Exposition raisonnée des lois de la compétence et de la procédure en matière civile,* 1840.

Pardessus, *Cours de droit commercial,* 1841.

Curasson, *Traité de la compétence des juges de paix,* 1841.

Nouguer, *Des tribunaux de commerce, des commerçants et des actes de commerce,* 1844.

Bonnier, *Éléments d'organisation judiciaire,* 1853.

Alauzet, *Commentaire du Code de commerce de la législation commerciale,* 1857.

Bourbeau, *Traité de la procédure civile,* tome VII, *de la justice de paix,* 1863.

Bioche, *Dictionnaire de procédure civile et commerciale,* 1864.

Rousseau et Laisney, *Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, commerciale, criminelle et administrative.*

Bravard-Veyrières, *Cours de droit commercial,* publié par Ch. Demangeat, 1865.

Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime,* 1877-1881.

Laurent, *Droit civil international,* tome IV, 1880

Bonfils, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de procédure et de compétence en matières civile et commerciale,* 1885.

Laurin, *Cours élémentaire de droit commercial,* 1888.

Boistel, *Cours de droit commercial,* 1890.

Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure civile,* 2e édition, 1898.

Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure civile,* 3e édition par César-Bru, 1912.

Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial,* 3e édition, 1898-1903.

Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial,* 3e édition, 1904.

Glasson, Colmet d'Aage et Tissier, *Précis théorique et pratique de procédure civile,* 1908.

Cuche, *Manuel de procédure civile et commerciale,* 1909.
Lacour, *Précis de droit commercial,* 1912.
Valery, *Manuel de droit international privé,* 1914.
Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale,* 1916.
Holtz, *Traité de législation marocaine,* 1914.

## OUVRAGES DE DOCTRINE. — DROIT COMPARÉ

P. de Paepe, *Études sur la compétence civile,* 1889-1891.
Chiovenda, *Principes de procédure civile,* 2e édition, 1908.
Danzio Cavalleri, Diritto, *Giudizziario civile,* Milan, 1906.
Schrutka, *Zivilprozessrecht,* Leipzig, 1909.
R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessenrechts,* Leipzig, 1910.
R. Schmidt, *Die Neuerungen im Zivilprozessrecht,* Leipzig, 1910.

## THÈSES

David, *De la compétence en matière commerciale,* Paris, 1898.
Huet, *Du double degré de juridiction,* Paris, 1907.
Delor, *De la prorogation de juridiction,* Paris, 1911.

## REVUES

*Revue de législation et de jurisprudence,* tome II, Avril-Septembre 1835, article de V. Foucher.
*Revue critique de législation et de jurisprudence,* 1re série, année 1853, article de Coin-Delisle ; année 1855, article de Dorlancourt. 2e série, année 1881, article de M. Glasson.
*Revue pratique de droit français,* année 1859, article de G. de Caquerey.
*Revue trimestrielle de droit civil,* année 1910, article de M. Tissier, années 1912-1913-1914-1915, articles de M. Japiot.
*Annales du droit commercial,* année 1912, article de M. Champcommunal.

# TABLE DES MATIÈRES


INTRODUCTION ..... 1

CHAPITRE PREMIER. — La théorie classique de l'incompétence, ses traits caractéristiques, ses origines ..... 6

CHAPITRE II. — La théorie classique n'exprime pas le droit en vigueur en France ..... 38

*Section I.* — La jurisprudence cherche à étendre le domaine de l'incompétence relative ..... 39

*Section II.* — La jurisprudence étend le domaine de l'incompétence absolue ..... 68

*Section III.* — La jurisprudence crée une troisième espèce d'incompétence ..... 72

*Section IV.* — La doctrine abandonne les solutions logiques pour adopter celles de la jurisprudence ..... 80

CHAPITRE III. — La théorie classique n'exprime pas le droit en vigueur à l'étranger ..... 85

§ 1. — La législation Belge ..... 85
§ 2. — La législation Néerlandaise ..... 90
§ 3. — La législation Allemande ..... 91
§ 4. — La législation Autrichienne ..... 100
§ 5. — La législation Italienne ..... 103
§ 6. — La législation Marocaine ..... 106
§ 7. — Le Code de droit Canon ..... 109

Chapitre IV. — La théorie classique ne s'impose pas..... 112

*Section I.* — Les nécessités pratiques n'obligent nullement à adopter la théorie classique de l'incompétence. 112

*Section II.* — La théorie classique ne s'impose pas au nom de la tradition..... 115

*Section III.* — Le Code de procédure civile n'impose pas non plus la théorie classique de l'incompétence..... 118

Chapitre V. — Essai d'une théorie nouvelle de l'incompétence..... 127

§ 1. — Le droit de critique n'appartient qu'aux parties et aux tiers appelés en garantie, il s'éteint par la renonciation expresse ou tacite..... 134

§ 2. — Le droit de critique est étendu au Ministère public..... 147

§ 3. — Le tribunal est tenu lui-même d'opposer l'incompétence et de se dessaisir d'office..... 152

§ 4. — Le droit de critique ne se couvre pas par une renonciation des parties antérieure à la naissance du litige..... 155

§ 5. — Le droit de critique ne peut se couvrir par un acquiescement tacite à la décision rendue par la compétence..... 159

§ 6. — Le droit de critique ne s'éteint que par une renonciation faite dans les formes de la loi..... 160

§ 7. — L'incompétence doit être invoquée par le Ministère public et le tribunal en toute circonstance. Le droit de critique s'éteint par une renonciation postérieure à la violation de la règle de compétence..... 161

§ 8. — Le Ministère public et le tribunal doivent critiquer la compétence, le droit de critique s'éteint par la clôture des débats..... 171

§ 9. — En première instance, le droit de critique est ouvert également aux tiers demandant à intervenir aux débats ou cités en intervention forcée par les parties : il s'éteint par une décision définitive du tribunal. En appel il s'éteint lorsqu'il n'est pas invoqué avant que le tribunal d'appel ne prononce lui-même la clôture des débats ou ne rende sa première décision dans l'affaire..... 188

§ 10. — Le droit de critique peut être exercé par tous les plaideurs intéressés au procès, y compris les tiers cités en intervention forcée ou ayant demandés à intervenir. Il doit l'être par le Ministère public et le tribunal, et ne s'éteint que par une décision sur le fond, définitivement passée en force de chose jugée.. 194

Conclusion ..... 203

Addenda ..... 207

Bibliographie ..... 209

Table des matières ..... 215

DIJON, IMPRIMERIE DARANTIERE